نتائج الأفكار

في كشف الرموز والأسرار

لشمس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة "فتح القدير"

للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفي

على

الهداية : شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

١ – شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
٢ – حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

الجزء التاسع

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمد محمود الحلبي وشركاه – خلفاء

الطبعة الأولى
١٣٨٩ هـ – ١٩٧٠ م

مَنْ يُرِدِ ٱللّٰهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب العارية)

قال (العارية جائزة) لأنها نوع إحسان ، وقد استعار النبيّ عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان ، (وهى تمليك المنافع بغير عوض) وكان الكرخى رحمه الله يقول : هو إباحة الانتفاع بملك الغير ،

(كتاب العارية)

قد مرّ وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله فى أول الوديعة ، ثم إنه قد وقع الاختلاف فى تفسير العارية لغة وشريعة ، أما لغة فقد قال الجوهرى فى الصحاح : العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب ، والعارة مثل العارية انتهى. وقال المطرزى فى المغرب : العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة كالغارة من الإغاوة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ انتهى . وفى بعض الشروح ماذكره فى المغرب هو المعوّل عليه لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان فى طلبها عار لما باشرها . وفى القاموس والمغرب : وقد تخفف العارية . وفى المبسوط قيل : هى مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة فى المكيل والموزون قرضا ، لأنه لاينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه فى تلك العين لتكون عارية حقيقة ، وإنما تعود النوبة إليه فى مثلها . وأما شريعة فقال عامة العلماء : هى عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض . وقال الكرخى والشافعى: هى عبارة عن إباحة الانتفاع

(كتاب العارية)

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله . ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج . قيل هى مشتقة من التعاور وهو التناوب ، فكأنه جعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه إلى أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء . واختلف فى تعريفه اصطلاحا فقال عامة العلماء (هى تمليك المنافع بغير عوض . وكان الكرخى يقول : هى إباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعى .

(كتاب العارية)

قال المصنف (وهى تمليك المنافع ، إلى قوله : يقول هو إباحة الانتفاع) أقول : كان المناسب أن يقول فى الأول هو لتذكير الخبر

لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ، ولايشترط فيها ضرب المدة ، ومع الجهالة لايصح التمليك ولذلك يعمل فيها النهى ، ولا يملك الإجارة من غيره ، ونحن نقول : إنه ينبئ عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهى العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك ، والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتمليك نوعان : بعوض ، وبغير عوض . ثم الأعيان تقبل النوعين ، فكذا

يملك الغير ، وسيأتى دليل الطرفين فى الكتاب (قوله ونحن نقول إنه ينبئ عن التمليك فإن العارية من العرية وهى العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الخ) أقول : فيه بحث من وجهين : أحدهما أن للخصم أن يمنع كون العارية من العرية التى هى العطية ، ويقول بل هى من العار كما ذكر فى الصحاح ، أو من العارة كما ذكر فى المغرب ، أو من التعاور كما ذكر فى المبسوط . وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لايثبت إنباء لفظ العارية عن التمليك . وثانيهما أن للخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لايدل على كونها بمعنى التمليك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتمليك كما قلتم فى الجواب عن انعقادها بلفظة الإباحة إن لفظة الإباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتى فى الكتاب . وقال صاحب العناية : فيه بحث من أوجه : الأول أنه استدلال فى التعريفات وهى لاتقبله ، لأن المعرف إذا عرف شيئا بالجامع والمانع ، فإن سلم من النقض فذاك ، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن ، وأما الاستدلال فإنما يكون فى التصديقات . والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه . والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متعديا إلى فرع هو نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان ، إلى هنا كلامه . أقول : كل واحد من أوجه

قال (لأنها تنعقد بلفظ الإباحة ، ولايشترط فيها ضرب المدة ، والنهى يعمل فيه ولا يملك الإجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها إباحة . أما الأول فلأن التمليك لاينعقد بلفظ الإباحة . وأما الثانى فلأن التمليك يقتضى أن تكون المنافع معلومة لأن تمليك المجهول لايصح ولا يعلم إلا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول . وأما الثالث فلأن المعير يملك النهى عن الاستعمال ، ولو كان تمليكا لما ملكه كالأجير لايملك نهى المستأجر عن الانتفاع . وأما الرابع فلأن المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لتملكه المنافع ، فلو كانت الإعارة تمليكا لجاز له ذلك كما فى الإجارة والهبة (وقال عامة العلماء : إنها تنبئ عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهى العطية) وهى إنما تكون تمليكا (ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) مثل أن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك . فإن قيل : المنافع أعراض لاتبقى فلا تقبل التمليك . أجاب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالأعيان) وبنى على ذلك قوله (والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لانزاع فيه (ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه : الأول أنه استدلال فى التعريفات وهى لاتقبله : لأن المعرف إذا عرف شيئا بالجامع والمانع ، فإن سلم من النقض فذاك ، وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن . وأما الاستدلال فإنما يكون فى التصديقات . والثانى أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعى وموضعه أصول الفقه . والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعى متعديا إلى فرع هو نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان . ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظى أو رسمى ، فإن كان الأول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك ، وإن كان الثانى جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية ، ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير

وجنا هى (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظى أو رسمى ، فإن كان الأول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا) أقول : ولا يخفى أن التعريف اللفظى يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لاتصورا (قوله ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول : أنت تعلم أن حكم الشئ لايحمل عليه بالمواطأة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول : أما من الأول فسلم ، وأما من الأخيرين فلا .

المنافع ، والجامع دفع الحاجة ، ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك ، كما فى الإجارة ، فإنها تنعقد بلفظة الإباحة ، وهى تمليك ،

بحثه ساقط . أما الأول فلأن ماذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذى هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمنى الذى يقصده المعرّف ، كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ، ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التى يجرى فيها الاستدلال. وقد صرحوا فى موضعه بأن الاعتراضات الموردة فى التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما تورد على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التى هى من التصورات ، ولاريب أن أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك. وأما الثانى فلأن المصنف لم يقصد إثبات كون لفظ العارية موضوعا فى عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس فى الموضوعات ، بل أراد إثبات قبول المنافع لنوعى التمليك بالقياس على قبول الأعيان لهما ، وقصد بإثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لاتبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور . ولا يخفى أن قبول الأعيان لنوعى التمليك حكم شرعى ثابت بالنص الدالّ على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لهما أيضا . وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله والمنافع ليست نظير الأعيان أنها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ، ولكن لايجدى نفعا إذ لايشترط فى صحة القياس اشتراك الفرع مع الأصل فى جميع الجهات ، بل يكفى اشتراكهما فى علة الحكم على ما عرف فى أصول الفقه ، وإن أراد أنها ليست نظيرها فى علة الحكم فهو ممنوع ، فإن علة الحكم الذى هو القبول لنوعى التمليك فيما نحن فيه إنما هى دفع الحاجة ، وهما أى الأعيان والمنافع مشتركان فى هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة . ثم قال : ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظى أو رسمى ، فإن كان الأول فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك ، وإن كان الثانى جعل بيانا لخواصّ يعرف بها العارية انتهى . أقول : وفيه بحث من أوجه : الأول أن هذا التعريف إن كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه ، إذ قد تقرر فى محله أن مآل التعريف اللفظى إلى التصديق ، والحكم بأن هذا اللفظ بإزاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع ، بخلاف التعريف الحقيقى إذ لاحكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فإن كان الأوّل ، فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك . والثانى أنه قد تقرر فى موضعه أيضا أن التعريف الرسمى الذى بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة البينة ، ولا شك أن اللوازم البينة لاتحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثانى جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية. والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها فى قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع أن ماذكره فى الجواب على تقرير تمامه إنما يكون جوابا عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لايخفى على الفطن . ثم قال : ولو جعلنا المذكور فى الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك ، وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى انتهى . أقول : فيه نظر . أما أوّلا فلأنه لو جعل ماذكر فى الكتاب حكم العارية لبقى البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك . وأما ثانيا فلأن قول المصنف هى تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافى ظاهرا كون المذكور فى الكتاب حكم العارية ، إذ حكم الشىء لايحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا . وأما ثالثا فلأن توجيهه هذا ينافى ما ذكره فى أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال : واختلف فى تعريفها اصطلاحا ، فقال عامة العلماء : هى تمليك المنافع بغير عوض . وكان الكرخى يقول : هى إباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعى انتهى . فإن توجيهه هذا يقتضى أن يكون الاختلاف المذكور فى حكمها لا فى تعريفها . وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك : أما من الأول فسلم ، وأما من الأخيرين فلا انتهى . أقول : سلامته من الثانى أيضا ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر فى الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس فى الموضوعات وهو غير صحيح

عوض كان سالما من الشكوك ، وليس فى كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى (قوله ولفظة الإباحة) جواب عن قول الكرخى إنها تنعقد بلفظ الإباحة . ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الإجارة تنعقد بلفظ الإباحة ، ولا نزاع فى كونها تمليكا

والجهالة لاتفضى إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ، ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع ، وعند ذلك لاجهالة ، والنهى منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى . قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه

(قوله والجهالة لاتفضى إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخى ومع الجهالة لايصح التمليك . ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هى المانعة ، وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ، كذا فى الشروح . قال صاحب الكافى فى تقرير هذا المحل : وإنما صحت العارية مع جهالة المدة ، وإن لم يصح التمليك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لاتفضى إلى المنازعة لأن للمعير أن يفسخ العقد فى كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التى لاتفضى إلى المنازعة لاتمنع صحة العقد انتهى كلامه . أقول : فيه نوع خلل لأن قوله وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة ، وإن اعترفوا بعدم صحة التمليك أصلا مع جهالة المدة فيلزم أن لايتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم : ومع الجهالة لايصح التمليك لأن مقصوده به الاستدلال على أن العارية هى الإباحة دون التمليك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة : فالأولى فى العبارة أن يقول : وإنما صحت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هى التمليك ، لأن هذه الجهالة لاتفضى إلى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية فى تفسير قوله صريح فيه : أى حقيقة فى عقد العارية ، وفى تفسير قوله مستعمل فيه : أى مجاز فيه ، ثم قال : وفى عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف فى الأصول ، فلا فرق إذا بين العبارتين ، والجواب : كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز ، فأشار إلى الثانى بقوله مستعمل : أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة إلى هنا كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال : فيه تأمل ، فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الإشكال انتهى . أقول : هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لايصح التمليك . ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هى المانعة ، وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم . ووجه آخر أن الملك فى العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لاجهالة . وقوله (والنهى منع عن التحصيل) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهى فيه . ووجهه أن عمل النهى ليس باعتبار أنه ليس فى العارية تمليك بل من حيث أنه بالنهى يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التى لم يتملكها بعد ، وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير : أى وقت شاء كما فى الهبة . وقوله (ولا يملك الإجارة) جواب عن قوله ولا يملك الإجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ماسيجىء ، هذا مايتعلق بتفسيرها أو حكمها . وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها . ومنبها ماءمر مرارا من التعاضد المحتاج إليه المدنى بالطبع ، وهى عقد جائز لأنه نوع إحسان ، وقد استعار النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان ، وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به . قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الألفاظ التى تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه : أى حقيقة فى عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه . قيل أى مجاز فيه ، وفى عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف فى الأصول ، فلا فرق إذا بين العبارتين . والجواب : كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار إلى الثانى بقوله مستعمل : أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب : أى أعطيتك المنحة وهى الناقة : أى أو الشاة يعطى الرجل

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول : فيه بحث (قوله فلا فرق إذا بين العبارتين) أقول : أى أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح ، لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز ، فأشار إلى الثانى بقوله مستعمل : أى مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول : فيه تأمل ،

(ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنهما لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوّزا . قال (وأخدمتك هذا العبد) لأنه أذن له فى استخدامه (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكناها لك (ودارى لك عمرى سكنى) لأنه جعل سكناها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره . قال (وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ولأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه . قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدّ لم يضمن) وقال الشافعى : يضمن ، لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق فيضمنه ، والإذن

فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف فى موضعه ، وأراد المصنف بالصريح هاهنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كما بينه صاحب العناية ، فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك : أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الأصول فهو ممنوع ، وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح هاهنا معنى الحقيقة وليس فليس ، وإن أراد أن تخصيص الأولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ، ولكن لا إشكال فيه حتى لاتنحسم مادته (قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب الكافى : كان ينبغى أن يقول : إذا لم يرد بهما بدليل التعليل . وقال : ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى - عوان بين ذلك - انتهى . وقال الشارح العينى بعد نقل الطعن والجواب : قلت :المذكور شيئان أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب ، والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى . أقول : مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه ، فإن الشيئين هو الثانى دون الأول . ومبنى التأويل هاهنا وفى قوله تعالى - عوان بين ذلك - هو الأول ، وهو شىء واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب . لايقال : يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لا ردّ الجواب . لأنا نقول : كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يأبى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لايخفى على ذوى الألباب

الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها إذا ذهب درّها ثم كثر حتى قيل فى كل من أعطى شيئا منح ، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به : أى بقوله هذا الهبة لأنها لتمليك العين عرفا ، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوّزا من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له فى الاستخدام وهى العارية ، ودارى سكنى لأن معناه سكناها لك وهى العارية ، ودارى لك عمرى سكنى لأنه جعل سكناها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه منصوب على التمييز من قوله لك ، لأن قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة ، فإذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه : أى على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم ، وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم « المنحة مردودة والعارية مؤدّاة » ووجه الاستدلال ظاهر ، وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة ، وفيه زيادة مبالغة فى أن العارية مستحق الردّ ، ولأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض ولا يملك إلا به فصح الرجوع عنه . قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدّ لم يضمن الخ) إن هلكت العارية ، فإن كان بتعدّ كحمل الدابة مالا يحمله مثلها أو استعمالها استعمالا لايستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالإجماع ، وإن كان بغيره لم يضمن . وقال الشافعى : يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق ، فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه . وقوله لاعن استحقاق : أى لاعن استيجاب قبض بحيث لاينقضه الآخر بدون رضاه احترازا عن الإجارة ، فإن

فإن تخصيص الأولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنحسم مادة الإشكال (قوله مالايحمله مثلها) أقول : الضمير فى قوله يحمله راجع إلى ما (قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق فيضمن) أقول : ونحن نمنع الكبرى كما يظهر بالتأمل .

ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ، ولهذا كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء .
و لنا أن اللفظ لاينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها ، والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه ،

(قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : ولهذا أى ولكون الإذن ضروريا كان واجب الردّ : يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء . فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا اه كلامه . أقول : حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الإذن ضروريا ، واقتفى أثره الشارح العينى وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية . والحق عندى أنه إشارة إلى قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق ، فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء . وإنما كان هذا هو الحق عندى لوجهين : أحدهما أن الظاهر أن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الردّ ، فبمقتضى كون المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا إشارة إلى كون الإذن ضروريا ، ولكون الإذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء ، والظاهر أن الإذن ليس بضرورى فى المقبوض على سوم الشراء . وأما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء . ولا شك أن الأمر كذلك فى المقبوض على سوم الشراء . وثانيهما أن حديث كون الإذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لاعمدة فى الاستدلال ، بخلاف قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق . ولا يخفى أن ماهو العمدة فى الاستدلال أحق بأن يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء ، ويؤيده أن صاحب الكافى أخر حديث كون الإذن ضروريا عن تفريع هذين الفرعين (قوله ولنا أن اللفظ لاينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعدّيا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية : فى حل هذا المحل : يعنى أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شىء من ذلك بموجب له ، أما العقد فلأن اللفظ الذى ينعقد به العارية لاينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين ، وما وضع لتمليك المنافع لايتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه . وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه . وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد فى الوضع لأن إذن المالك فى قبض الشىء ينفى الضمان فكيف يضاف إليه اه كلامه . أقول : لايذهب عليك أن احتمال كون الإذن موجبا للضمان مما لايخطر ببال أحد أصلا ، ولهذا لم يتعرض المصنف لنفى ذلك قط فى أثناء تقرير حجتنا فى هذه المسئلة ،

المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضى المدة بدون رضاه . فإن قيل : هو قبض بإذنه ومثله لايوجب الضمان . أجاب بقوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال ، فإن هلكت فيها فلا ضمان ، وإن هلكت فى غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة ، ولهذا أى ولكون الإذن ضروريا كان واجب الرد : يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا . ولنا أن اللفظ لاينبئ عن التزام الضمان : يعنى أن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن ، وليس شىء من ذلك بموجب له . أما العقد فلأن اللفظ الذى ينعقد به العارية لاينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على اختلاف القولين ، وما وضع لتمليك المنافع لايتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه . وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه .

(قوله فلأن اللفظ الذى ينعقد به العارية الخ) أقول : فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه) أقول : لم يتعرض للإباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى .

والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدّيا ، وإنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض . والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد ، لأن الأخذ فى العقد له حكم العقد على ما عرف فى موضعه . قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره ؛ فإن أجره فعطب ضمن) لأن الإعارة دون الإجارة والشيء لايتضمن ما هو فوقه ، ولأنا لو صححناه لايصح إلا لازما ، لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير ، وفى وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسدّ باب الاسترداد إلى انقضاء مدة

فلدرج الشارح المزبور إياه فى احتمالات إيجاب الضمان ونسبته ذلك إلى المصنف بقوله يعنى خروج عن سنن الصواب (قوله والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدّيا) جواب عن قول الشافعى والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه . وتقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع ، لكن القبض أيضا لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعدّ ولا ضمان بدونه ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : للخصم أن يقول إذا لم يكن القبض أيضا إلا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة ، والضرورة إنما هى فى حالة الاستعمال ، فإن هلكت فى هذه الحالة فلا ضمان قطعا . وأما إذا هلكت فى غيرها فينبغى أن يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة . فالأظهر فى الجواب عن قول الشافعى والإذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب ، وقد أفصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال : والجواب عن قوله والإذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع . قلنا : لما مست الحاجة والضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض فى حالة الانتفاع مست الضرورة إلى إظهار الإذن بالقبض فى غير حالة الانتفاع أيضا وهى حالة الامساك ، لأن الإنسان إنما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ، ولا ينتفع بملك نفسه آناء الليل وأطراف النهار ، وإنما ينتفع بها ساعة ويمسك أخرى ، ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما إذا ركبها ليلا ونهارا فيما لايكون العرف كذلك ، فثبت أن القبض فى غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان ، إلى هنا كلامه . وأشير إلى هذا الوجه من الجواب فى الكافى ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ فى العقد له حكم العقد على ما عرف فى موضعه) جواب عن قول الشافعى وصار كالمقبوض على سوم الشراء . قال صاحب العناية : وتقريره أنه ليس بمضمون

وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد فى الوضع ، لأن إذن المالك فى قبض الشيء ينفى الضمان فكيف يضاف إليه (قوله والإذن) جواب عن قوله والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه : يعنى أنه لم يتناول العين فإنه ورد على المنفعة نصا ولم يتعدّ إلى العين ، وتقريره القول بالموجب : يعنى سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع ، لكن القبض أيضا لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثم تعدّ ولا ضمان بدونه (قوله وإنما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الردّ . وتقريره أن وجوب الردّ لايدل على أنه مضمون لأنه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فإنها على المستعير ، وليس لنقد القبض ليدل على أن القبض لاعن استحقاق فيوجب الضمان ، بخلاف الغصب فإن الرد فيه واجب فنقض القبض لكونه بلا إذن ، فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان . وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء . وتقريره أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد ، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان . فإن قيل : سلمنا أن الأخذ فى العقد له حكم العقد ، ولكن لاعقد هاهنا . أجيب بأن العقد وإن كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لأموال الناس عن الضياع ، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ، ولأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظرا له ، إلا أن الأصل فى ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة وإذا لم يوجد صير إلى الأصل ، وقوله (على ماعرف فى موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف ، وقيل كتاب الإجارات من المبسوط . قال (وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يؤاجر المستعار ، فإن آجره

الإجارة فأبطلناه ، وضمنه حين سلمه ؛ لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصبا ، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لايرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر إذا لم يعلم أنه كان عارية فى يده دفعا لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم. قال (وله أن يعيره إذا كان مما لايختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعى : ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على مابينا من قبل ، والمباح له لايملك الإباحة ، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة فى الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة هاهنا . ونحن نقول : هو تمليك المنافع على

بالقبض بل بالعقد ، لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اهـ كلامه . أقول : لايخفى على ذى فطنة أن تحريره هذا فى تقرير الجواب مختل فى الظاهر ، لأن الضمير المستتر فى فصار راجع إلى المأخوذ بالعقد ، فيصير المعنى : فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشىء بنفسه وهو باطل . ويمكن توجيهه بعناية وهى أن يحمل الباء فى قوله لأن المأخوذ بالعقد على الملابسة ، وفى قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية ، فيصير معنى كلامه : لأن المأخوذ بملابسة العقد : أى ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيئول إلى ما ذكر فى الكافى وبعض الشروح من قولهم إن الضمان فى المقبوض على سوم الشراء لايلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء ، إذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته اهـ . ثم أقول : لاحاجة فى حل كلام المصنف هاهنا إلى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت ، بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل: أحدهما أن يكون معنى قوله لأن الأخذ فى العقد له حكم العقد ، لأن الشروع فى العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه ، على أن يكون الأخذ من أخذ فيه بمعنى شرع فيه لامن أخذه . وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ فى العقد : أى المأخوذ لأجل العقد له حكم العقد ، على أن تكون كلمة « فى » فى قوله فى العقد بمعنى اللام كما فى قوله تعالى ـ فذلكن الذى لمتننى فيه ـ وقوله عليه الصلاة والسلام « إن امرأة دخلت النار فى هرة حبستها » على ماصرح به فى مغنى اللبيب ، فالأخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله . ثم قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان : فإن قيل : سلمنا أن الأخذ فى العقد له حكم العقد ولكن لاعقد هاهنا . أجيب بأن العقد وإن كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لأموال الناس عن الضياع إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اهـ . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن السؤال المذكور لايتوجه هاهنا أصلا ، إذ لايقتضى أن يكون للأخذ فى العقد حكم العقد تحقق العقد ، بل يقتضى عدم تحققه ، إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للأخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لاعقد هاهنا . ثم إن الجواب المزبور منظور فيه ، لأنه وإن كان فى جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشترى ، إذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء فى يد المشترى بلا تعد منه بل بسبب اضطرارى وقد أخذه من يد مالكه بإذن ، فإذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذى أداه من ملكه مجانا : أى بلا عقد ولا تعد فى شىء فيلزم النظر لأحد المتآخذين فى العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره إذا كان مما لايختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح : كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة . وقال فى النهاية ومعراج الدراية : كذا ذكره

فعطب ضمن لوجهين : أحدهما أن الإعارة دون الإجارة والشىء لايتضمن ما هو فوقه . والثانى أنا لو صححناه فإما أن يكون لازما أو غير لازم ، ولا سبيل إلى شىء من ذلك. أما الثانى فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع . وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فيكون عقد الإعارة لازما ، وهو أيضا خلاف موضوع الشرع ، وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها ، وإذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار إن شاء ضمن المستأجر لأنه قبضه لنفسه بغير إذن المالك ،

ماذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة ، والمنافع اعتبرت قابلة للملك فى الإجارة فتجعل كذلك فى الإعارة دفعا للحاجة ،

فى النظائر الإمام التمرتاشى . أقول : فى أكثر هذه الأمثلة إشكال : أما فى مثال الحمل فلأنه وإن كان مطابقا لما ذكره المصنف فى آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسمّ شيئاله أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لايتفاوت انتهى ، إلا أنه مخالف لما سيجيء فى كتاب الإجارات فى باب ما يجوز من الإجارة وما لايجوز من أن الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل . وحكمه كحكمهما عند الإطلاق والتقييد كما ستطلع عليه . وقد اضطرب كلام الفقهاء فى عامة المعتبرات فى شأن الحمل حيث قالوا فى كتاب العارية إنه مما لايتفاوت ، وقالوا فى كتاب الإجارات إنه مما يتفاوت ، وممن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه فى المقامين صاحب الكافى ، فإنه قال هاهنا : سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة أو لايتفاوتون فى الانتفاع به كالحمل على الدابة . وقال فى الإجارات : ويقع التفاوت فى الركوب واللبس والحمل، فما لم يبين لايصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الإجارة انتهى . وأما فى مثال الزراعة فلأنه سيأتى فى كتاب الإجارات فى الباب المزبور أنه لايصح عقد الإجارة فى استئجار الأراضى للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها ، لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة . ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل ، وعن هذا مثل الإمام الزيلعى لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثلة وعدّ منها الزراعة حيث قال : كاللبس والركوب والزراعة . وأما فى مثال السكنى فلأن سكنى الحدّاد والقصار يضرّ بالبناء دون سكنى غيرهما ، ولهذا لايدخل سكناهما فى استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر فى كتاب الإجارات ، فكان السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل . ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الإضرار بالبناء أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى ، لأن مجرد السكنى لايؤثر فى انهدام البناء فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية فى كتاب الإجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل فى نفس السكنى بل فى أمر خارج عنه ، والمثال هاهنا إنما هو نفس السكنى فلا إشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك فى الإجارة فتجعل كذلك فى الإعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعى رحمه الله المنافع غير قابلة للملك . وتقريره لانسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما فى الإجارة فتجعل فى الإعارة كذلك دفعا للحاجة ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : فيه بحث لأن حاصله القياس على الإجارة ، وقد تدارك الشافعى دفعه حيث قال فى ذيل تعليله : وإنما جعلناها موجودة فى الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة : يعنى أن علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك فى الإجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية فى الإعارة لاندفاع حاجتهم بالإباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه ، اللهم إلا أن يقال : الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشيء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشيء ، وعند كون الإعارة إباحة لايقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الأخرى ، فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك فى العارية كما

وإن شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب . ثم إن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر رجع على المؤاجر إذا لم يعلم كونه عارية فى يده دفعا لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم . وللمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لايختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة . وقال الشافعى : ليس له أن يعيره لأنها إباحة المنافع على مامر ، والمباح له لايملك الإباحة ، وهذا أى كون الإعارة إباحة لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معلومة ، وإنما جعلت موجودة فى الإجارة للضرورة ، وقداندفعت فى الإعارة بالإباحة فلا يصار إلى التمليك. ولنا أنها تمليك المنافع على مامر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة (قوله والمنافع اعتبرت قابلة) جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك . وتقريره لانسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما فى الإجارة فتجعل فى الإعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مرّ لنا الكلام فيه . فإن قيل : لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم فى الصحة بين مايختلف باختلاف المستعمل وبين ما لايختلف.

وإنما لايجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره .
قال العبد الضعيف : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة . وهى على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أى نوع شاء فى أى وقت شاء عملا بالإطلاق . والثانى أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ماسماه عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى خير منه والحنطة

فى الإجارة . قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف هاهنا وقد مرّ الكلام فيه . أقول : لم يمرّ منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التى أوردها فى صدر كتاب العارية ، ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتمشّ هنا ، لأن حاصله أن قياس المنافع على الأعيان ليس بتام ، لأن من شرط القياس كون الفرع نظير الأصل والمنافع ليست نظير الأعيان ، ولا شك أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الأصل قطعا (قوله وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة) قال عامة الشراح : أى ماذكر من ولاية الإعارة للمستعير إذا صدرت الإعارة مطلقة . أقول : فيه إشكال ، لأن المذكور فى الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما إذا كان مما لايختلف باختلاف المستعمل ، فمعناه أن للمستعير ولاية الإعارة فيما إذا كان المستعار مما لايختلف باختلاف المستعمل . وقد تقرر فى عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الإعارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما لايختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه ، وأما إذا صدرت الإعارة مطلقة فللمستعير ولاية الإعارة مطلقا : أى سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل أو مما لايختلف ، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال فى آخر هذه المسئلة : فلو استعار دابة ولم يسمّ شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لايتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا اهـ . فقول المصنف وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة إلى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر إنما يتم لو لم يكن لما ذكر فى الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله إذا كان مما لايختلف باختلاف المستعمل . ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغى له أن يقول هذا إذا صدرت الإعارة مقيدة على مقتضى مانصوا عليه قاطبة كما بيناه . والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار إليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف بما ذكروا ، ولم يتعرضوا لما فيه من الإشكال مع ظهوره جدا . ثم إن الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور الذى ذكرناه فقال فى شرح قول المصنف : وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة الإشارة لاتعود إلى المسئلة المتقدمة بل إلى أن للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية اهـ . أقول : هذا الذى ذكره هذا الشارح وجعله مايعود إليه الإشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا إليه بكلمة هذا الواقعة فى كلام المصنف هاهنا ، ولا يشار باسم الإشارة لا إلى المحسوس المشاهد ، أو إلى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر فى موضعه ، فكأنه هرب عن ورطة ووقع فى ورطة أخرى أشد من الأولى . والإنصاف أن المصنف لو ترك قوله وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وشرع فى الكلام الذى بسطه بأن يقول والإعارة على أربعة أوجه لكان أحرى ، ولقد أحسن صاحب الكافى فى هذا المقام حيث قال أولا : وله أن يعير ، وذكر خلاف الشافعى وبين دليل الطرفين . ثم قال : ثم هذه المسئلة على وجهين : إما أن حصلت الإعارة مطلقة فى حق المنتفع بأن أعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل ، وفى هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة أو لايتفاوتون فى الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا بإطلاق اللفظ ، وإن حصلت الإعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لايتفاوت الناس فى الانتفاع به كما فى الحمل ، وليس

كالمالك . أجاب بقوله (وإنما لايجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضى باستعماله لاباستعمال غيره ، وقال هذا) أى ماذكر من ولاية الإعارة للمستعير (إذا صدرت الإعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهى على أربعة أوجه) وهى قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع . والثانى أن تكون مقيدة فيهما . والثالث أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع . والرابع بالعكس) فللمستعير فى الأول أن ينتفع به أىّ نوع شاء فى أىّ

مثل الحنطة، والشعير خير من الحنطة إذا كان كيلا. والثالث أن تكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه، فلو استعار دابة ولم يسمّ شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب. قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لأن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين فأقيم ردّ المثل مقامه. قالوا: هذا إذا أطلق الإعارة،

له أن يعير فيما يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس والركوب. ثم قال: وهذا هو الكلام فى إعارة المستعير. وأما الكلام فى انتفاعه فى المستعار فهو على أربعة أوجه، فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو إلى خير منه) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة أخرى أو حمل عليها قفيزا من شعير، وفى القياس يضمن لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه. وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا كذا فى العصاية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: ما ذكروا فى وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار فإنه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به، مع أن ما ذكروا فى وجه هذا الاستحسان هاهنا جار هناك أيضا بعينه فينبغى أن ينفذ بيعه أيضا فتأمل (قوله أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين فأقيم ردّ المثل مقامه) أقول: يرى هذا التعليل خاليا عن التحصيل، لأن حقيقة الإعارة منتفية

وقت شاء عملا بالإطلاق. وفى الثانى ليس له أن يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة (إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة أخرى (أو إلى خير منه) كما إذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا. وفى القياس يضمن لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه. وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة، إذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير أخفّ على الدابة والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا (وفى الثالث والرابع ليس له أن يتعدّى ما سماه من الوقت والنوع) وعلى هذا (فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت. وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا، لأنه لما أطلق كان له التعيين، حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له أن يركب غيره وبالعكس كذلك، فلو فعله ضمن لتعين الركوب فى الأول والإركاب فى الثانى) وهذا الذى ذكره اختيار فخر الإسلام. وقال: غيره: له أن يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله وشيخ الإسلام. قال (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض الخ) إذا استعار الدراهم فقال له أعرتك دراهمى هذه كان بمنزلة أن يقول أقرضتك، وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لأن الإعارة تمليك المنفعة، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء، وتمليك العين إما بالهبة أو القرض، والقرض أدناهما لكونه متيقنا به. قيل لأنه أقل ضررا على المعطى لأنه يوجب رد المثل، وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا، ولأن من قضية الإعارة الانتفاع وردّ العين وقد عجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه. قال المشايخ: هذا إذا أطلق الإعارة. وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة، فصار كما إذا استعار آنية ليتجمل بها أو سيفا محلى يتقلده، يقال عايرت المكاييل أو الموازين إذا قايستها، والعيار المعيار الذى يقاس به غيره ويسوّى،

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة وصار كما إذا استعار آنية يتحمل بها أوسيفا محلى يتقلده . قال (وإذا استعار أرضا ليبنى فيها أو ليغرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء الغرس) أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة . وإذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد

فى عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود ، إذ قد صرحوا فى صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه ، وأن الأشياء المذكورة لايمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الإعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض ، وكذا حكم الإعارة منتف فى عارية الأشياء المذكورة ، إذ قد صرحوا بأنها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض ، فإذا لم تتحقق حقيقة الإعارة ولا حكمها فى عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلا لأن يكون من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين ولا لإقامة رد المثل مقام رد العين . نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة فى الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يجعل لفظ الإعارة فى مسئلتنا هذه مجازا أو كناية عن معنى الإقراض ، ولكن كلامنا فى صلاحية ذلك لأن يكون علة لأصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليك بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة) أقول : لقائل أن يقول : المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا أيضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من أنه لايمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ؟. ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقا بناء على الأكثر الأغلب ، فالمراد أنه لايمكن الانتفاع بنحو الدراهم فى الأعم الأغلب إلا باستهلاك عينها ، فيدار الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب ، وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك . فإن قلت : عبارة المصنف لاتساعد التوجيه الذى ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها يقتضى انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها . قلت : يمكن حمل الحصر

وإذا استعار أرضا للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس . أما الجواز فلأن هذه المنفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة دفعا للحاجة . وأما الرجوع فلما بينا ، يعنى به قوله وللمعير أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم « المنحة مردودة والعارية مؤداة » وأما التكليف فلأن الرجوع إذا كان صحيحا بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف تفريغها ، ثم إن المعير إما أن وقت العارية أو لم يوقت ، فإن لم يوقت فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد إطلاق العقد وظن أنه يتركها فى يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد ، وإن كان وقت العارية فيرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ، ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، إذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه . فإن قيل : الغرور الموجب للضمان هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر والإعارة ليست كذلك . أجيب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى . وتقرير كلامه ابن فى هذه الأرض بنفسك على أن أتركها فى يدك إلى مدة كذا ، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حاله ، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ، وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ماقلنا . ووجه قوله مانقص البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته : يعنى إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة

(قوله وإن كان وقت العارية) أقول : معطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان فى ضمن عقد المعاوضة كما مر)

(وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه : كذا ذكره القدورى فى المختصر . وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه . قالوا : إذا كان فى القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى ربّ الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل، ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت ، لأن له نهاية معلومة ، وفى الترك مراعاة الحقين ،

المذكور على الحصر الادعائى بناء على عدم الاعتداد بالأقل فلا يقتضى انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير مانقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية : أى نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذى ، فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين ، وعلى الأول يكونان مرفوعين اهـ كلامه ، وتبعه الشارح العينى . أقول : لايظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين هاهنا لأن الذى نقص البناء والغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس ، وليس هذا بصحيح لأن القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان ، وإنما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ، ويمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع إذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ، ولا يخفى ما فيه . فالوجه عندى هاهنا رفع البناء والغرس لاغير . أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح . وأما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع إليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة ، فيكون كلمة نقص هاهنا من نقص فى دينه وعقله كما ذكر فى القاموس . وقال صاحب العناية : ووجه قوله مانقص البناء والغرس أن ينظركم يكون قيمة البناء ، والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة فيضمن مانقص من قيمته ، يعنى إذا كان قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا ، وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما انتهى كلامه . وقدكان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذى ذكره صاحب العناية غير أنهما قالا بدل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير فكأن بعض العلماء أخذمما قالاه حصة فأورد على ماذكره صاحب العناية حيث قال فيه

عشرة دنانير مثلا ، وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما ، كذا ذكره القدورى رحمه الله يريد به ضمان ما نقص . وذكر الحاكم الشهيد أن المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لأنه ملكه . قالوا : يعنى المشايخ إذا كان بالأرض ضرر بالقلع فالخيار إلى ربّ الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالأصل . قيل معنى كلامه هذا أن ما قال القدورى إن المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرر ، أما إذا لحق فالخيار فى الإبقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان إلى صاحب الأرض وهو ظاهر ، ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد : ومعناه أن المستعير إنما يتمكن من القلع وترك الضمان إذا لم تتضرر الأرض بالقلع ، وأما إذا تضررت فالخيار لربّ الأرض وهو الأظهر . ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل تترك فى يده بطريق الإجارة بأجر المثل وقّت أو لم يوقت ، لأن الزرع له نهاية معلومة ،

أقول : فى باب المضارب يضارب (قوله وإذا قلع فى الحال تكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما ، كذا ذكره القدورى) أقول : فيه كلام وهو أن القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لايخفى ، هذا إشكال الفاضل المحشى الشهير بيعقوب باشا . فأقول : الظاهر أن قوله قيمة النقض من إضافة الموصوف إلى الصفة ، أى القيمة المنقوصة فلا إشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ، إلى قوله : وهو الأظهر) أقول : المفهوم من كلام الزيلعى أن يتعلق بقول القدورى ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس فراجعه . قال المصنف (لأن له نهاية معلومة) أقول : مقتضى هذا التعليل أن لايجوز الرجوع قبل الوقت فى الموقتة لأن لها نهاية معلومة ، ولأن الوقت منصوص عليه هاهنا وفى الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى . والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت

بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك : قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الردّ فتكون عليه (وأجرة ردّ العين المستأجرة

كلام ، وهو أن القلع مانقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغى أن يرجع بها كما لايخفى انتهى . أقول : لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص فى قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ، ولا يخفى أنه إذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا . وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أرادا بقيمة النقص معنى قيمة الناقص ، وإذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير ، وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتى هؤلاء الشراح . واندفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لايخفى . وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال : فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة أى القيمة المنقوصة فلا إشكال انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لايجوز إضافة الموصوف إلى الصفة ولا إضافة الصفة إلى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر فى عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لايضاف إلى صفته ولا الصفة إلى موصوفها ، وإنما جواز ذلك مذهب سخيف كوفى لاينبغى أن يصار إليه فى توجيه كلام الثقات ، على أن النقص فيما نحن فيه لايصلح أن يكون صفة للقيمة إلا بعد أن يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة ، وهذا تعسف بعد تعسف ، ولعمرى إن من عادة ذلك الفاضل أن يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر فى توجيه بعض المقامات ، وقد مر منه ذلك غير مرة ، ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوّح به قوله هاهنا فأقول : الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة وما كان ينبغى له ذلك (قوله بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك) أقول : لقائل أن يقول : إذا كان وقت فى الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغى أن لاتؤخذ الأرض منه هنا أيضا إلى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين . والجواب أن المراد أن الغرس ليس له فى نفسه نهاية معلومة ، وبالتوقيت لايتقرر له نهاية بالجواز أن لايقلعه المستعير فى تمام ذلك الوقت ، إما بعمد منه لخيانة نفسه ، أو بمانع يمنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك ، بخلاف الزرع فإن له فى نفسه نهاية معلومة لايتأخر عنه بالضرورة فافترقا . وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقّت أولا ، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين ، بخلاف الزرع فليس بتامّ لأن تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع ، إذ يجوز أن يسكن صاحب البناء فى البناء شتاء ثم ينقض البناء إذا جاء الصيف ، وأن يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة ، فإذا وقّت المعير العارية بالمدة المعتادة فى نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الأرض من يد المستعير إلى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا ، ومما يؤيد هذا ماذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم إذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغترّ غير مغرور ،

وفى الترك مراعاة الحقين ، فإنه لما كان الترك بأجر لم تفت منفعة أرضه مجانا ولا زرع الآخر ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك . قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر ، وذلك لأن الأجر مؤنة الرد ، فمن وجب عليه الرد وجب أجره ، والرد فى العارية واجب على المستعير لأنه قبضه لمنفعة نفسه ، والغرم بإزاء الغنم ، وفى الإجارة ليس الرد واجبا على المستأجر ، وإنما الواجب عليه التمكين والتخلية لأن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ، ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لأن منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة ، والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة ، وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لأن الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه . ومن استعار دابة وردّها إلى إصطبل

أو لا ، إذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليتأمل . (قوله والغرم بإزاء الغنم) أقول : تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول : من أن الغرم بالغنم .

على المؤجر) لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد . فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه . قال (وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان ، وفى القياس يضمن لأنه ما ردّها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن ردّ العوارى إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط (وإن استعار عبدا فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) لما بينا (ولو ردّ المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لايرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من فى العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العوارى لأن فيها عرفا ، حتى لوكانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ماذكرناه من العرف فيه . قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أوأجيره لم يضمن) والمراد بالأجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لأنها أمانة ، وله أن يحفظها بيد من فى عياله كما فى الوديعة ، بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس فى عياله (وكذا إذا ردها مع عبد ربّ الدابة أو أجيره) لأن المالك يرضى به ؛ ألا ترى أنه لو ردّه إليه فهو يرده إلى عبده ، وقيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدوابّ ، وقيل فيه وفى غيره وهو الأصح ، لأنه إن كان لايدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا (وإن ردّها مع أجنبى ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لايملك

حيث قال : فإن قيل هو مغرور لأنه إن لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لأن البناء والغرس للدوام فكانت الإعارة له توقيتا . قلنا : البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض إذا جاء الصيف ، والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة ، انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد ، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية : فإن قيل : كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هى سالمة للمستأجر أيضا وهى الانتفاع بمنافع العين المستأجرة . قلنا : إن المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما ، وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى ، إلى هذا أشار الإمام المحبوبى وغيره فى باب مسائل متفرقة من إجارات الجامع الصغير حيث قالوا : وفى المستأجر المنفعة عائدة إلى الآجر لأنه يتوصل به إلى ملك الآجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة ، لكن منفعة الآجر أقوى لأنه مالك للعين وملك المستأجر فى المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى . وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال : ولايعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة ، لأن منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى . أقول : فى الجواب نظر ، إذ الظاهر أن مرادهم بالمنفعة فى قولهم إن منفعة الآجر عين هو الأجرة كما صرح به فى الكافى ، والأجرة لايلزم أن تكون عينا البتة ، إذ قد صرحوا فى كتاب الإجارات بأن الأجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفى القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية فى تحرير المقام :

مالكها فهلكت لم يضمن ، وفى القياس هو ضامن لأنه تضييع لا ردّ ، وصار كردّ المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن فى عياله ، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه . وجه الاستحسان أن فى العارية عرفا ليس فى غيرها ،

(قوله وفى القياس هو ضامن لأنه تضييع لا رد ، إلى قوله : لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه) أقول : وفيه بحث ، فإن

الإيداع قصدا كما قاله بعض المشايخ ، وقال بعضهم : يملكه لأنه دون الإعارة ، وأوّلوا هذه المسئلة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة . قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب إنك أطعمتنى عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يكتب إنك أعرتنى) لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كما فى إعارة الدار . وله أن لفظة الإطعام أدل على المراد لأنها تخص الزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب الهبة)

وفى القياس هو ضامن لأنه تضييع لا ردّ ، وصار كرد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك من غير تسليم إليه ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، وعلى المودع الرد إلى المالك لا إلى داره ومن فى عياله ، لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله لما أودعها إياه اه كلامه . أقول : هذا تحرير مختل ، فإن قوله لأن الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغى أن يذكر فى بيان وجه القياس كما لا يخفى ، ولهذا لم يذكره أحد سواه هاهنا ، بل إنما ذكروه فى محله فيما سيأتى كما ترى .

(كتاب الهبة)

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب فى الوديعة وهو الترقى من الأدنى إلى الأعلى ، ولأن العارية كالمفرد والهبة كالمركب لأن فيها تمليك

وهو أن رد العوارى إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت ، فإنه لو ردها إلى المالك لردها المالك إلى المربط ، وعلى هذا إذا استعار عبدا فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن ، ولو استعار عقد لؤلؤ لم يرده إلا إلى المعير للعرف فى الأول وعدمه فى الثانى . ومن استعار دابة فردها مع من فى عياله كعبده وأجيره مسانهة أو مشاهرة فهو صحيح لأنها أمانة وله حفظها على يدهم كما فى الوديعة ، وكذا إذا ردها مع عبد ربّ الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ؛ ألا ترى أنه لو ردها إليه فهو يردها إلى عبده . واختلفوا فى اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدوابّ فقيل به ، وقيل هو وغيره سواء ، وهو الأصح لوجود الدفع إليه فى الجملة وإن ردها مع أجنبىّ ضمن ، ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخى . ومن قال بأنه يملك الإيداع وهو مشايخ العراق أوّلوا هذه المسئلة بانتهاء الإعارة لانقضاء مدتها فكان إذ ذاك مودعا وليس له أن يودع غيره ، فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم ، وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

(كتاب الهبة)

قد ذكرنا وجه المناسبة فى الوديعة ، ومن محاسنها جلب المحبة . وهى فى اللغة عبارة عن إيصال الشىء إلى الغير بما ينفعه ،

هذين التعليلين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا (قوله فكان إذ ذاك مودعا) أقول : بل يكون إذ ذاك متعديا ، حتى إذا هلكت فى يده ضمن ، فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى ذكره الزيلعى فراجعه ، نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول لبعض الأصحاب ، لكن الرجحان للتضمين وهو قول السرخسى واختيار قاضيخان رحمه الله .

(كتاب الهبة)

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا ». وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب و القبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب ، والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك . وقال مالك : يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا

العين مع المنفعة . ثم محاسن الهبة لاتحصى ولا تخفى على ذوى النهى ، فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال ـ إنك أنت الوهاب ـ وهذا يكفى لمحاسنها . ثم إن الهبة فى اللغة أصلها من الوهب ، والوهب بتسكين الهاء وتحريكها ، وكذلك فى كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التى تحذف أوائلها ويعوض فى أواخرها التاء ، ومعناها : إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال ، يقال وهب له مالا وهبا وهبة ، ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ، ومنه قوله تعالى ـ فهب لى من لدنك وليا يرثنى ـ ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ، ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب ، واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة ، كذا فى معراج الدراية وغيره . وأما فى الشريعة فهى تمليك المال بلا عوض ، كذا فى عامة الشروح بل المتون . أقول : يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ، ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لإيراده مع ظهور وروده جدا ، غير أن صاحب الدرر والغرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال فى متنه : هى تمليك عين بلا عوض . وقال فى شرحه : أى بلا شرط عوض ، لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اهـ كلامه . أقول : فيه نظر ، إذ لوكان المراد بقولهم بلا عوض فى تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ماتقرر فى العلوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لايخفى ، فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما فى المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد . ثم أقول : يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض فى تعريف الهبة بلا اكتساب عوض ، فالمعنى أن الهبة هى تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض ، فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب ، ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب ، وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض . ثم أقول : بقى فى التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال ، فإنها أيضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الأغيار ، فلو زادوا قيد فى الحال فقالوا : هى تمليك المال بلا عوض فى الحال لخرج ذلك ، فإن الوصية تمليك بعد الموت لا فى الحال (قوله وتصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية : أى تصح بالإيجاب وحده فى حق الواهب ، وبالإيجاب والقبول فى حق الموهوب له ، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية ، ولكن

قال الله تعالى ـ فهب لى من لدنك وليا ـ وفى الشريعة تمليك المال بلاعوض (وهو عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » وعلى هذا انعقد الإجماع . وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين ، أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف ، ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ فى يمينه ، بخلاف البيع ، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لايثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك : يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا

(قوله قال الله تعالى ـ فهب لى من لدنك وليا ـ) أقول : والظاهر أن الولى ليس بمال ولا بملك (قال المصنف : وتصح بالإيجاب والقبول) أقول : قال العلامة الكاكى قوله وتصح بالإيجاب كقوله وهبت ونحوه كما يجيء : أى تصح فى حق الواهب بمجرد الإيجاب وفى حق الموهوب له بالقبول والقبض ، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية ، ولكن الموهوب له لايملكه إلا بالقبول والقبض . وثمرة ذلك فيمن حلف لايهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث ، أو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر فى يمينه عندنا انتهى . ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للمشروح .

بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاتجوز الهبة إلا مقبوضة » والمراد نفى الملك ،

لايملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض . وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا فى مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فى قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برّ فى يمينه ، بخلاف البيع اﻫ كلامه . واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المحالّ ، ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزاه إلى الحصر والمختلف . وبنى صاحب العناية أيضا كلامه هاهنا على اختيار هذا المعنى حيث قال فى شرح هذا المقام : وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين ، أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف ، ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ فى يمينه بخلاف البيع ، وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لايثبت بالقبول بدون القبض ، بخلاف البيع اﻫ . والشارح العينى أيضا اقتفى أثر هؤلاء ، وبالجملة أكثر الشراح هاهنا على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده . أقول : هذا الذى ذكروه وإن كان مطابقا جدا لما ذكره المصنف فى مسائل متفرقة من كتاب الأيمان فإنه قال هناك : ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ فى يمينه خلافا لزفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله . ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اﻫ ، إلا أنه غير مطابق لما ذكره فى هذا المقام ، لأن قوله أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول بمنزلة الصريح فى أن عقد الهبة لايتم إلا بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، ويشهد بهذا أيضا قوله والقبض لابد منه لثبوت الملك ، إذ لو كان مراده أن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك ، وهذا كله مما لاسترة به عند من له ذوق صحيح . ثم إن صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول ، ولايخفى أن ذاك التصريح منهما ينافى القول منهما هاهنا بأن الهبة تتم بالإيجاب وحده ، إذ لاشك أن الشىء لايتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه . واعلم أن صاحب الكافى وصاحب الكفاية سلكا هاهنا مسلكا آخر فقالا : وركنها الإيجاب والقبول لأنها عقد ، وقيام العقد بالإيجاب والقبول لأن ملك الإنسان لاينتقل إلى الغير بدون تمليكه ، وإلزام الملك على الغير لايكون بدون قبوله ، وإنما يحنث لو حلف أن لايهب فوهب ولم يقبل ، لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير اﻫ كلامهما . أقول : هذا التقرير وإن كان مناسبا لما ذكره المصنف هاهنا إلا أنه غير ملائم لما ذكره فى مسائل متفرقة من كتاب الأيمان كما نقلناه آنفا ، وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف أن لايهب فوهب ولم يقبل يقتضى أن يحنث أيضا فيما لو حلف أن لايبيع فباع ولم يقبل ، لأن المقدور له فى كل عقد هو الإيجاب لا القبول ، مع أنه لايحنث فى صورة البيع كما صرحوا به . والحاصل أن كلمات القوم فى هذا المقام لاتخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان : وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه ، قال شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه : هو مجرد إيجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لأن العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب ، ولهذا قال علماؤنا : إذا حلف لايهب فوهب ولم يقبل يحنث فى يمينه عندنا . وقال صاحب التحفة : ركنها الإيجاب والقبول . ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول إلى هنا كلامه . وقال صاحب البدائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا . والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر . وفى قول قال : القبض أيضا ركن . وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لايهب هذا الشىء لفلان فوهبه له فلم يقبل أنه يحنث استحسانا ، وعند زفر لايحنث مالم يقبل ، وفى قول مالم يقبل ويقبض ، وأجمعوا على أنه إذا حلف لايبيع هذا الشىء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لايحنث ، إلى

بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لاتجوز الهبة إلا مقبوضة » أى لايثبت حكم الهبة وهو الملك

لأن الجواز بدونه ثابت ، ولأنه عقد تبرع ، وفى إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح ، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم ، وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها . قال (فإن قبضها الموهوب له فى المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحسانا (وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب فى القبض) والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى ، لأن القبض تصرف فى ملك الواهب ، إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح

هنا كلامه (قوله ولأنه عقد تبرّع ، وفى إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرّع شيئا لم يتبرّع به وهو التسليم فلا يصح) يعنى لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدى إلى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به ، وإيجاب شىء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات ، بخلاف المعاوضات ، كذا فى الكافى وبعض الشروح . ورد بأن المتبرع بالشىء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه ، كمن نذر أن يصلى وهو محدث لزمه الوضوء ، ومن شرع فى صوم أو صلاة لزمه الإتمام . وأجيب بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشىء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشىء واجبا كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشروع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به ، كذا فى العناية أخذا من النهاية . أقول : فيه كلام ، أما أولا فلأن قوله فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتى ، وأما ثانيا فلأنه إذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن فى إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ، إذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفى لزوم التسليم فمن أين يجب إلزام التسليم فليتأمل فى الدفع

إذ الجواز ثابت قبل القبض) بالاتفاق (ولأنه عقد تبرّع) وعقد التبرع لم يلزم به شىء لم يتبرع به (وفى إثبات الملك قبل القبض ذلك إذ فيه التزام التسليم) . وردّ بأن المتبرع بالشىء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه ، كمن نذر أن يصلى وهو محدث لزمه الوضوء ، ومن شرع فى صوم أو صلاة لزمه الإتمام . وأجيب بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشىء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشىء واجبا كما ذكرت من الصور فإنه يجب بالنذر أو الشروع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فإن الملك يثبت بها بدون القبض لأنه لا إلزام ثم زيادة على ما تبرع ، وذلك (لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) وهذا موافق لرواية الإيضاح . وقال فى المبسوط : ولأن هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ، ألحق الهبة بالوصية . ووجه ذلك أن عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا فى نفسه غير لازم ، والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به ، وهو فى الهبة التسليم وفى الوصية موت الموصى لكون الموت ينافى المالكية فصح الإلحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصى فى ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه . وتقريره أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لأنه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فإن قبضها الموهوب له فى المجلس بغير إذن الواهب جاز استحسانا ، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب فى القبض ، والقياس أن لا يجوز فى الوجهين وهو قول الشافعى ، لأن القبض تصرف فى ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف فى ملك

(قال المصنف : وهو التسليم فلا يصح) أقول : قال الكاكى : لا يقال إن الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لأنه لا يفيد ، إذ فائدة الملك التمكن من التصرفات ، وذا إنما يكون إذا كان بسبيل من قبضه انتهى ، وفيه بحث .

بدون إذنه . ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ،

(قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول فى الهبة من حيث أنه يتوقف غليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح : قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول ، فالمعنى أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع من حيث أن الحكم وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع ، وبه صرح فى المبسوط وأشار إليه فى الإيضاح . وقال بعض الفضلاء : ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول ، فإن التوقف لايستلزم الإيجاب التام اهـ . أقول : لعل المانع عنه أمران : أحدهما أن المتبادر من كون الشىء بمنزلة الشىء أن يكون قائما مقامه ، وهذا لايتصور فيما إذا كانا فى عقد واحد كالقبض والقبول فى الهبة ، فإن كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزلة الآخر وقيامه مقامه ، بخلاف ما إذا كانا فى عقدين مختلفين كالقبض فى الهبة والقبول فى البيع فإنه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته ، وعن هذا قال فى المبسوط : ولما كان القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع أخذ حكم القبول فى البيع . وثانيهما أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام إلا أن القبول فى الهبة كما لايوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لايتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول ، فإنه لو قال وهبتك هذا الشىء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض ، نص عليه الإمام الزيلعى فى التبيين وذكر فى الذخيرة أيضا ، فلا يصح أن يقال إن القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، بخلاف القبول فى البيع فإنه لايثبت الملك قطعا ، ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه ، وهذا الوجه الثانى قطعى فى المنع كما ترى . وطعن صاحب الغاية فى قول المصنف : ولنا أن القبض الخ حيث قال : وكان ينبغى أن يقول : وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم فى المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اهـ . وقصد الشارح العينى دفع ذلك فقال بعد نقله قلت : لما كان القياس هو قول الشافعى ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وإن لم يصرح بذكر الشافعى اهـ . أقول : إن تحقق خصم يأخذ بالقياس فى هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إيماء إلى وقوع منازع فى هذه المسئلة ، وأما مناسبة هذا القول وحسنه فإنما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ، ومراد صاحب الغاية مؤاخذه المصنف بتقوية المناسبة فى تحريره لا نفى الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العينى كما لايخفى . واعترض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لايصح أمر البائع المشترى بالقبول بعد المجلس . وأجيب بأن الإيجاب من البائع شطر العقد ، ولهذا لو حلف لايبيع فباع ولم يقبل المشترى لايحنث ، فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لايهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس ، وهذا السؤال والجواب مذكوران فى عامة الشروح ، وعزاهما فى النهاية ومعراج الدراية إلى المختلفات . أقول : فى الجواب بحث ، أما أولا فلأنه لايدفع السؤال المذكور بل يقرره ، لأن حاصل ذلك السؤال القدح فى المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح فى القبض مالا يصح فى القبول من التأخير إلى مابعد المجلس . وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع ، بأن الأول عقد تام والثانى شطر العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالإذن بعد المجلس فى الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس فى البيع . وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض فى الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول فى البيع بعده ، وهذا لايدفع القدح فى قولهم إن القبض فى الهبة بمنزلة القبول

الغير بدون الإذن غير صحيح . ولنا) وهو وجه الاستحسان فى الأول (أن القبض فى الهبة بمنزلة القبول) فى البيع (من حيث أن الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه ، فقوله فى الهبة متعلق بقوله أن القبض لابقوله القبول .

(قوله فقوله فى الهبة متعلق بقوله إن القبض لابقوله القبول) أقول : ولا أدرى ما المانع عن تعلقه بالقبول ، فإن التوقف لايستلزم الإيجاب التام . قال العلامة الكاكى وصاحب النهاية : قوله فى الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول : أى القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع وبه صرح فى المبسوط وأشار إليه فى الإيضاح انتهى . وليس فيما قالاه مايدل على عدم استقامة المعنى إذا تعلق بالقبول .

والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض فى المجلس لأن الدلالة لاتعمل فى مقابلة الصريح .

فى البيع بل يقرر ذلك كما لايخفى . وأما ثانيا فلأنهم صرحوا بأن الحكم فى البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور فى الهبة لافتقاره أيضا إلى القبض كما ذكر فى الكافى . وفى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده : ولا يخفى أن الجواب المذكور لايتمشى فى تلك الصورة رأسا ، لأن الإيجاب فى البيع الصحيح والإيجاب فى البيع الفاسد شيئان فى كونهما شطر العقد لإتمامه ، فلا يتم الفرق المزبور هناك . وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال : فيه بحث ، فإنه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب ، وأيضا هذا الكلام مناقض ماتقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول اهـ . أقول : كلا وجهى بحثه ساقط . أما الأول فلأن الملازمة فى قوله لو صح ماذكر لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة ، فأما بطلان التالى فممنوع إذ قد ذكرنا فيما مرّ آنفا أنه لوقال وهبتك هذا الشىء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه فى التبيين ، وذكر فى الذخيرة أيضا : فإذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلأن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لايخفى . وأما الثانى فلأنا قد نقلنا عن البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب ، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا ، فدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما ، كيف وقد صرح المصنف نفسه فى مسائل متفرقة من كتاب الأيمان بأن الهبة عقد تبرّع فيتم بالمتبرع ، ولهذا يقال وهب ولم يقبل ، والعاقل لايتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) يعنى أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك الموهوب له ، وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان إذنا دلالة ، ونقض هذا بفصل البيع فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لايجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض ، حتى أن المشترى لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن . وأجيب بأنا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لاغير ، وثبوت الملك للمشترى ضمنى لاقصدى فلا معتبر به ، كذا فى الشروح . أقول : لايرد النقض المذكور رأسا ، إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشترى فكذلك المقصود يحصل بقبول المشترى من غير توقف على القبض ، فإن القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشترى فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به) أقول : لقائل أن يقول : إنما ألحق القبض فى الهبة بالقبول

(والمقصود منه) أى مقصود الواهب من عقد الهبة (إثبات الملك) للموهوب له ، وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) تحصيلا لمقصوده فكان إذنا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه) فإن قيل : يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض فإن التسليط موجود ولم يجز له القبض . أجاب بقوله (بخلاف ما إذا نهاه) يعنى صريحا (فى المجلس لأن الدلالة لاتعمل فى مقابلة الصريح) وفيه بحثان : الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع . والثانى أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشترى ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض ، حتى لو قبضه المشترى بدون إذنه

(قوله وفيه بحثان : الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول : فيه نوع ركاكة .

قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لأن الأول صريح فيه والثانى مستعمل فيه . قال عليه الصلاة والسلام «أكل أولادك نحلت مثل هذا ؟» وكذلك الثالث ، يقال : أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد (وكذا تنعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشىء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة) أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى مايطعم عينه يراد به تمليك العين ،

فى البيع من حيث أن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه فى الهبة كما يتوقف على القبول فى البيع كما تقرر فيما مر آنفا لامن جميع الحيثيات ، ألا ترى أن القبض فى الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك ، بخلاف القبول فى البيع فإنه ركن داخل لايتم العقد بدونه ، وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد مايلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضا ، فإن تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنا داخلا فى العقد ، ولهذا لايصح القبول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يتعدى إلى ماليس بركن داخل فى العقد وهو القبض ، وإن كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد ، وإلا يلزم أن لايصح القبض بعد المجلس بالإذن أيضا فتأمل . والأولى فى تقرير وجه الاستحسان فى مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الإسلام فى مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية ، وهو أنه لابد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لايبقى الإيجاب صحيحا ، وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لامحالة كان الإقدام على الإيجاب له إذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما فى باب البيع جعلنا إقدام البائع على الإيجاب إذنا للمشترى بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة ، إلا أن ماثبت اقتضاء يثبت ضرورة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الإذن فى المجلس ، لأن الإيجاب يبقى صحيحا متى قبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس ، بخلاف ما لو ثبت نصا ، لأن الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) قال صاحب غاية البيان : ولنا فى تقرير صاحب الهداية نظر ،

جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن . وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شطر العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه . وعن الثانى بأنا لانسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشترى بل مقصوده منه تحصيل الثمن لاغير وثبوت الملك له ضمنى لامعتبر به . قال (وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت الخ) هذا بيان الألفاظ التى تنعقد بها الهبة ، وقد تقدم لنا القول فى قوله لأن الأول صريح فيه والثانى مستعمل فيه ، وكلامه واف بإفادة المطلوب سوى ألفاظ نذكرها (قوله أكل أولادك نحلت مثل هذا) روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال : « نحلنى

(قوله وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شطر العقد) أقول : ولهذا لو حلف لايبيع فباع ولم يقبل المشترى لايحنث (قوله وفى الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ماوراءه) أقول : هكذا وقع فى هذه النسخة موافقا لما فى سائر الشروح ، وفيه بحث ، فإنه لو صح ماذكره لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب ، وأيضا هذا الكلام يناقض ماتقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول ، وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف ، ولعل الأولى أن يقال فى الجواب : القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة ، فبالنظر إلى كونه بمنزلته جوز القبض فى المجلس بلا إذن الواهب ، وبالنظر إلى التغاير حقيقة صحح الأمر بالقبض بعد المجلس إيذانا لانحطاط رتبته عن القبول فتأمل . ووقع فى بعض النسخ وجد عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث ، نعم يرد على ما فى الشروح الأخر فتدبر (قوله وعن الثانى بأنا لانسلم أن مقصود البائع الخ) أقول : ولو سلم أن المقصود ذلك فبالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشترى ولا يتوقف على القبض حتى يرد ماذكره ، وأما حق الاسترداد فلكون المبيع قبل نقد الثمن كالمرهون . فإن قيل : حق الرجوع ثابت فى الهبة أيضا فلا ينافى ذلك كون الإيجاب تسليطا . قلنا : ذلك فى الهبة ليس بكلى ؛ ألا يرى إلى موانع الرجوع فى الهبة بخلاف البيع فتأمل (قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول : فى أوائل العارية قال المصنف (وأما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) أقول : فى التلويح قالوا : والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك ، وإلا فهو للإباحة انتهى . ولعل المراد من الإضافة إلى مايطعم عينه ماذكره

بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لاتطعم فيكون المراد أكل غلتها : وأما الثانى فلأن حرف اللام للتمليك . وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام « فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا .

لأنه قال : إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ؛ فعلى هذا ينبغى أن يكون المراد من الإطعام فى الكفارة التمليك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم : لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الإطعام فى الآية مضافا إلى مايطعم عينه فافهم انتهى كلامه . أقول : يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالإضافة إلى مايطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للإطعام ، وفى آية الكفارة لم يكن الأمر كذلك ، فكان الإطعام فيها على أصل وضعه وهو الإباحة ، ويرشدك إلى هذا التوجيه أنه قال فى تنقيح الأصول فى أوائل التقسيم الرابع : وفى قوله تعالى ـ إطعام عشرة مساكين ـ إشارة إلى أن الأصل فيه هو الإباحة ، والتمليك ملحق به لأن الإطعام جعل الغير طاعما لاجعله مالكا ، وألحق به التمليك دلالة لأن المقصود قضاء حوائجهم وهى كثيرة فأقيم التمليك مقامها انتهى . وقال فى التلويح : وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فإنما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لأنه لم يجعله طاعما . قالوا : والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثانى فهو للتمليك وإلا فللإباحة انتهى فتأمل ترشد . ثم إنه قد ذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الأصل : وإذا قال أطعمتك هذه الأرض فهو عارية ، ولو قال أطعمتك هذا الطعام ، فإن قال فاقبضه فهو هبة ، وإن لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى . أقول : لايذهب على ذى فطنة أن إطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكر لايطابقان رواية الأصل ، لأن الظاهر منهما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ، ورواية الأصل صريح فى أن قوله المذكور إنما يكون هبة إذا قيده بقوله فاقبضه ، وأما إذا لم يقيده بذلك فيحتمل الأمرين : أى الهبة والعارية ، وأن النظر المذكور لايتجه أصلا على مافى رواية الأصل ، لأن التمليك إنما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لامن لفظ الإطعام ، فلا ينافى أن يكون الإطعام فى آية الكفارة على أصل وضعه وهو الإباحة (قوله بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لاتطعم فيكون المراد إطعام غلتها) أقول : لقائل أن يقول : كون الأرض مما لايطعم عينه إنما يقتضى أن لايكون الإطعام المضاف إليها على حقيقته ، ولايقتضى أن لايراد به تمليك العين مجازا كما أريد به ذلك إذا أضيف إلى مايطعم عينه فإنهم حملوا هناك على تمليك العين مع أن حقيقة الإطعام جعل الغير طاعما : أى آكلا لاجعله مالكا كما صرحوا به . والجواب أنه وإن أمكن أن يراد بالإطعام المضاف إلى مثل الأرض تمليك العين مجازا لكن هذا التجوز ليس بمتعارف فى مثل ذلك ، وإنما المتعارف أن يراد إطعام الغلة على طريق ذكر المحل وإرادة الحال ، كما أن المتعارف فيما إذا أضيف الإطعام إلى مايطعم عينه أن يراد به تمليك العين وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لاعلى كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية : قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلأن حرف اللام للتمليك ، واقتفى أثره الشارح العينى وسكت غيرهما عن البيان . أقول : الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة إلى قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام « فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث ، إذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها فى ذيل الثانى ، بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلا ، إذ قد سبق ذكر ما إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذى قال له وأما الثانى ، ولا يرى أثر فرق بينه وبين

أبى غلاما وأنا ابن سبع سنين ، فأبت أمى إلا أن تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فحملنى أبى على عاتقه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال ألك ولد سواه ؟ فقال نعم ، فقال : أكل ولدك نحلت مثل هذا ؟ فقال لا ، فقال هذا جور » وقوله عليه الصلاة والسلام (ولورثته من بعده) أى ولورثة المعمر له من بعد المعمر له : يعنى تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع ، وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله فلأن

فى التلويح من جعله مفعولا ثانيا له ، فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا فى حواشى شرح الوقاية .

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته (ولوقال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لأنه يراد به التمليك ، قال الله تعالى - أو كسوتهم - ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا : أى ملكه منه (ولوقال منحتك هذه الجارية كانت عارية) لما روينا من قبل .

ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى إلا باشتمال هذه الصور على لفظة عمرى دون ماسبق ، فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام فى قوله لك للتمليك لاكون لفظة العمرى لإثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لايخفى . فإن قلت : لو كان مراده ما ذكرته لقال لما روينا كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة . قلت : كأن الشارحين المزبورين اغترا بذلك ، ولكن يمكن التوجيه بجعل « ما » فى قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام لا عن نفس الحديث ، وقد أشرنا إليه فى تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته) يعنى أن الحمل تصرف فى المنفعة فيكون عارية ، إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين ، فإذا نوى مايحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته . قال فى الكفاية : فإن قيل : كيف يستقيم قوله أن حقيقته الإركاب وقد ذكر فى العارية أن قوله حملتك لتمليك العين . قلنا : حقيقته الإركاب نظرا إلى الوضع وهو تمليك العين فى العرف والاستعمال ، لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا فى معنى الاسم المشترك انتهى . وذكر صاحب العناية فحوى ذلك بعبارة أخرى حيث قال : لايقال هذا يناقض ما تقدم فى العارية من قوله لأنهما لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا إليه هنالك أن قوله لأنهما لتمليك العين : يعنى فى العرف ، فاستعماله فى المنافع مجاز عرفى فيكون قوله هاهنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة : يعنى فى اللغة ، فاستعماله فى الحقيقة العرفية مجاز لغوى انتهى . أقول : بقى إشكال وهو أنه قد تقرر فى كتب الأصول أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا ، فعند أبى حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقى أولى والعمل به . وعندهما المعنى المجازى أولى والعمل به ، وأما إذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا . إذا عرفت ذلك فنى مانحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به ، فعلى مقتضى الأصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبى حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الإركاب ، وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين ، فينبغى أن يحمل الحمل على العارية عند عدم إرادة الهبة على أصل أبى حنيفة ، وأن يحمل على الهبة وإن لم ينوها على أصلهما ، مع أن وضع المسئلة فى هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الأول من غير أن يذكر الخلاف فى شىء منها فليتأمل . ثم إن قول صاحب الكفاية فكان هذا فى معنى الاسم المشترك ليس بسديد ، لأن حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنييه أو معانيه بالأدلة أو الأمارات على ماتقرر فى علم الأصول ، وفيما نحن فيه إن نوى الهبة يحمل عليها ، وإن لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف ، فأين هذا من ذلك (قوله ولوقال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعنى ماذكره فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام

حرف اللام للتمليك . وقوله (فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة) يعنى أنه تصرف فى المنافع (فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة ، لأن اللفظ قد يذكر للتمليك ، فإذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته . لايقال : هذا يناقض ماتقدم فى العارية من قوله لأنهما لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما أشرنا إليه هنالك أن قوله لأنهما لتمليك العين : يعنى فى العرف فاستعماله فى المنافع مجاز عرفى فيكون قوله هاهنا لأن الحمل هو الإركاب حقيقة : يعنى فى اللغة ، فاستعماله فى الحقيقة العرفية مجاز لغوى (ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعنى ماتقدم

(قوله لأن الحمل هو الإركاب حقيقة ، يعنى أنه تصرف) أقول : ضمير أنه راجع إلى الحمل (قوله لما أشرنا إليه الخ) أقول : جواب

(ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية) لأن العارية محكم فى تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم ، وكذا إذا قال عمرى سكنى أونحلى سكنى أوسكنى صدقة أوصدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولوقال هبة تسكنها فهى هبة) لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود ، بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له . قال (ولاتجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لايقسم جائزة) وقال الشافعى : تجوز فى الوجهين لأنه عقد تمليك فيصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه ،

« المنحة مردودة » كذا فى الشروح . أقول : ها هنا كلام ، أما أولا فلأن المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم إرادة الهبة ، أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وإن نوى بالمنحة الهبة ، وقد ذكر فى كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية إذا لم يرد بهما الهبة . وقال فى التعليل : لأنهما لتمليك العين ، وعند عدم إرادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوّزا فكان بين كلاميه فى المقامين نوع تنافر . وأما ثانيا فلأن تعليل هذه المسئلة بما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة » منظور فيه ، إذ قد ذكر فى المحيط نقلا عن الأصل أنه إذا قال منحتك هذه الدراهم أوهذا الطعام فهو هبة ، ولو قال منحتك هذه الأرض أو هذه الجارية فهو عارية . وقال : فالأصل أن لفظة المنحة إذا أضيفت إلى مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبته ، وإذا أضيفت إلى مايمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى . وهكذا ذكر فى عامة المعتبرات ، وقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة » لايفرق بين الفصلين ، فتعليل الفصل الثانى به ينتقض بالفصل الأول فتأمل فى التوجيه (قوله لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير) إذ الفعل لايصلح تفسيرا للاسم ، كذا فى المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح . قال تاج الشريعة لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ، ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختارالعامة . أقول : ليس هذا بصحيح ، لأن قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب ، وإنما فعل المخاطب السكنى الذى دل عليه لفظ تسكنها ، والكلام فى عدم صلاحية هذا اللفظ

فى كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة » . وقوله (ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة) إنما هو بنصب هبة فى الموضعين إما على الحال أو التمييز لما فى قوله دارى لك من الإبهام . وقوله (لأن العارية محكم فى تمليك المنافع) كان الواجب أن يقول : لأن سكنى محكم فى تمليك المنافع إذ هو المذكور فى كلامه ، ويجوز أن يقال : سكنى لايحتمل إلا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكنها فهى هبة لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم ، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه ، فإن شاء قبل مشورته وفعل ما قال ، وإن شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له) والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيرا لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا ، وقيل لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم . قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة الخ) الموهوب إما أن يحتمل القسمة أو لا . وضابط ذلك أن كل شىء يضره التبعيض فيوجب نقصانا فى ماليته لايحتمل القسمة وما لايوجب ذلك فهو يحتملها ، فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير ، والأول كالدار والبيت الكبير ، ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة ، والأول احترازعما

لقوله لا يقال هذا يناقض ما تقدم الخ (قوله والفرق بينهما أن قوله سكنى اسم فجاز أن يقع تفسيرا لاسم آخر ، بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا) أقول : لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها ـ هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم . تؤمنون بالله ـ الآية ، لأنه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لأن قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم) أقول : وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف فى كتاب المضاربة (قوله إما أن يحتمل القسمة أولا ، إلى قوله : فالثانى كالعبد والحيوان والبيت الصغير والأول كالدار الخ) أقول : قوله فالثانى ناظر إلى قوله أولا ، والأول ناظر إلى قوله إما أن يحتمل القسمة .

وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، وكونه تبرّعا لايبطله الشيوع كالقرض والوصية . ولنا أن القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط كماله والمشاع لايقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ،

للتفسير ، فهل يقول العاقل إن لفظ التكلم فعل المخاطب (قوله وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، وكونه تبرعا لايبطله الشيوع كالقرض والوصية) قال صاحب العناية فى حل هذا الكلام : وهذا : أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه : أى حكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له ، لأن المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا . فإن قيل : لانسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لايجوز أن يكون الشيوع مبطلا ؟ أجاب بقوله وكونه تبرعا : يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوع لايبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه . أقول : تعسف الشارح المذكور فى بيانه هذا من وجوه : الأول أنه جعل لفظ هذا فى قول المصنف ، وهذا لأن المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا لأن المشاع الخ دليلا على أصل مدعى الشافعى وهو قوله تجوز فى الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه ، فكان ينبغى أن يقول المصنف : ولأن المشاع بدل قوله وهذا لأن المشاع . والثانى أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال : فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولامانع ثمة فكان جائزا ، والباعث عليه جعله لفظ هذا إشارة إلى

إذا وهب التمر على النخيل دون النخيل أو الزرع فى الأرض دونها ، فإن الموهوب ليس بمحوز : أى ليس بمقبوض ، والثانى عن المشاع . فإنه إذا جزّ وقبض التمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لايجوز أيضا لأنه غير مقسوم ، ومعنى قوله لايجوز لايثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة ، لأن الهبة فى نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا ، فإنه إذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك ، فعلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها ، ولكن توقف إثباتها الملك على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الإفراز والتسليم لايوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لايقسم جائزة ، ومعناه هبة مشاع لاتحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا ، وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة ، وذلك ليس على ماينبغى وتصحيحه بما ذكر . وقال الشافعى : هبة المشاع جائزة فى الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب له ، لأنه عقد تمليك وهو ظاهر ، وعقد التمليك يصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه : يعنى الصحيح والفاسد والصرف والسلم ، فإن الشيوع لايمنع تمام القبض فى هذه العقود بالإجماع ، فإذا باع وخلى بينه وبين المشترى خرج عن ضمان البائع ودخل فى ضمان المشترى وملكه المشترى ، وإن كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول فى ضمان المشترى مبنى على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف ، والقبض شرط فيهما ، وهذا : أى جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه : أى لحكم عقد الهبة وهو الملك كما فى البيع والإرث ، وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له ، لأن المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزا . فإن قيل : لانسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرّع فلم لايجوز أن يكون الشيوع مبطلا . أجاب بقوله وكونه تبرعا : يعنى لم يعهد ذلك مبطلا فى التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوع لايبطل التبرع حتى يكون مانعا . ولنا أن القبض فى الهبة منصوص عليه لما روينا

(قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول: أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لايحتمل القسمة الخ ، ويجوز أن يكون المراد مالايقسم شرعا (قال المصنف : لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول : فإن قيل : نحن لا ننازع فى كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا . قلنا يظهر توجيهه بأدنى تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول : معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم .

ولأن فى تجويزه إلزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم ، بخلاف مالا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لاتلزمه مؤنة القسمة .

جوازه . والثالث أنه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التى قدرها وهى قوله ولا مانع ثمة . والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لأن المشاع الخ إثبات كبرى الدليل السابق وهى قوله فيصح فى المشاع لا إثبات أصل المدعى ، ولفظ هذا إشارة إلى مضمون هاتيك الكبرى ، فالمعنى وهذا : أى صحته فى المشاع أوكونه صحيحا فى المشاع ، لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له ، فلا يلزم حينئذ الوجهان الأولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية . أما الأول منهما فظاهرجدا . وأما الثانى فلسقوط الاحتياج حينئذ إلى ماقدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق . ثم إن قوله وكونه تبرعا لايبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة ، وهو أن يقال إنعقد الهبة عقد تبرع ، فلوقلنا بجوازه فى المشاع لزم فى ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون إلزاما عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال : كونه عقد تبرع لايمنعه الشيوع كالقرض والوصية : يعنى أن الشيوع فى القرض والوصية ، كما لايمنع كونهما عقد تبرع كذلك لايمنع فى الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية ، وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر(قوله ولأن فى تجويزه إلزامه شيئا لم يلتزمه وهومؤنه القسمة)يعنى أن فى تجويز عقد الهبة فى المشاع إلزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ، وذلك لايجوز لزيادة الضرر. فإن قيل : هذا ضرر مرضى لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا. أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا مايستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ،كذا فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العينى . أقول : فى الجواب بحث لأنه إذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل : أعنى قوله ولأن فى تجويزه إلزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة : لأن الذى يستلزمه تجويز هبة الشى إنما هو إلزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكمها ، وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة فى شىء ، فإذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويز هبة المشاع إلزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم إلزامه ما لم يلتزمه . لا يقال : الذى لايستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذى ذكره فى الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة؟ لأنا نقول : لانسلم أن حكم الهبة مطلقا هوالملك المفرز بل حكمها هوالملك مطلقا ، ألا ترى أن هبة المشاع الذى لايحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا ، مع أن حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع . ولو سلم أن حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب إن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها ، لأن من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا، فلوكان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضا منه بما يستلزم

من قوله عليه الصلاة والسلام « لاتصح الهبة إلا مقبوضة » والمنصوص عليه يشترط كماله لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، وقبض المشاع ناقص لأنه لايقبله إلا بضم غيره إليه : أى بضم غير الموهوب إلى الموهوب أوبالعكس ، فإن كلامه يحتملهما والغير غير موهوب وغير ممتازعن الموهوب ، فكل جزء فرضته يشتمل على مايجب قبضه ومالايجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتناء بشأنه ، ولأن فى تجويزه إلزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لايجوز لزيادة الضرر . فإن قيل هذا ضرر مرضى ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا . أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس

(قوله أجيب بأن المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع ، إلى قوله : وهو لايتحقق بدون مؤنة القسمة) .

والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة ، والهبة لاقت العين ، والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ، ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين ، على أن القبض غير منصوص عليه فيه .

القسمة وهو الملك المفرز . هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لاينفعه إباؤه ، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اهـ . أقول : كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط . أما الأول فلأنه وإن علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لاينفعه إباؤه إلا إن طلب شريكه إياها غير متعين بل محتمل ، والإقدام على العقد إنما يقتضى الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك : وأما الثانى فلأن فى رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه ، فكان فى تجويز هبة المشاع إلزام الواهب أحد الضررين وذلك لايجوز ، وأيضا هل يجوّز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المتاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه ، على أنه ليس له الرجوع عن هبته فى كثير من المواد وهى التى تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتى فى الكتاب فيلزم المحذور فى مثل ذلك . ثم أقول : بقى شيء فى أصل هذا التعليل ، وهو أن واهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها ، فإن رضى بها كان ملتزما إياها فلم يكن فى إلزامه مؤنة القسمة إلزامه مالم يلتزمه ، وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبى حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على مايجىء فى كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أنه إن لم تلزمه فيما لايقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة ، وفى إيجابها

بقسمة ولا يستلزمها ، ولهذا : أى ولأن فى تجويز هذا العقد إلزام مالم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لايتحقق بدون مؤنة القسمة ، بخلاف ما لايقسم لأن الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ، ولأنه لايلزمه مؤنة القسمة . فإن قيل : لزمه المهايأة ، وفى إيجابها إلزام مالم يلزم بالعقدة ، ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك . أجاب بقوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين . ولقائل أن يقول : إن إلزام مالم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعا عن جوازها فقد وجد ، وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما . والجواب بتخصيصه بذلك . ويدفع التحكم بأن فى عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هى أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه ، وليس فى غيره ذلك لأن المهايأة لايحتاج إليها ، ولا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له ، وفى ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالإتلاف لابعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية ، وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه فى المشاع والوصية ليست كذلك ، وكذلك البيع الصحيح ، وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وإن كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها . فإن قيل : القبض فى الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه . أجيب بأن كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفى الصرف لبقائه فى ملكه فليس

أقول : وفيه بحث ، فإنه يعلم أنه إذا طلب شريكه القسمة لاينفعه إباؤه ، على أن له أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل (قوله فإن قيل : لزمه المهايأة وفى إيجابها إلزام مالم يلزم) أقول : ممنوع ، فإن الإقدام على عقد الهبة التزام (قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول : أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ (قوله لأن ذلك بالإتلاف) أقول : يعنى ليس ذلك حكم العقد ، بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الذى هو حكم العقد (قوله فإن قيل : القبض فى الصرف منصوص عليه الخ) أقول : فيه أنا لانسلم كون القبض منصوصا عليه فى الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « يدا بيد عينا بعين » ولزوم القبض لضرورة التعين على ما حققه المصنف فى باب الربا (قوله وفى الصرف لبقائه فى ملكه) أقول فيه : بحث .

ولو وهب من شريكه لايجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع . قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لما ذكرنا (فإن قسمه وسلمه جاز) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع . قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة أو دهنا فى سمسم فالهبة فاسدة ، ، فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن فى اللبن لأن الموهوب معدوم ، ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا ، فلا ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك ،

إلزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك . فأجاب بأن المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة ، لأن المهايأة قسمة المنفعة والهبة التى هى عقد التبرع إنما لاقت العين ولا إلزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ماتبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم ، هذا خلاصة ما فى جملة الشروح والكافى هاهنا . وقال صاحب العناية بعد ذلك : ولقائل أن يقول : إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعا عن جوازها فقد وجد ، وإن خصصتم بعوده إلى ماتبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك . ويدفع التحكم بأن فى عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هى أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه ، وليس فى غيره ذلك لأن المهايأة لايحتاج إليها اهـ كلامه . أقول : لايرى فى الجواب الذى ذكره كثير طائل فى دفع سؤال سائل ، لأن حاصله أن فى عوده إلى ما تبرع به إلزامه إخراج عين هى أجرة القسمة عن ملكه ، وليس ذلك فى المهايأة ، فلقائل أن يقول : إن لم يكن فى المهايأة إلزامه إخراج عين عن ملكه ففيه إلزامه إزالة تقع فى زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضررا من الثانى مطلقا غير مسلم ، فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعزّ وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته فتكون إزالتها عن الانتفاع بها أشق على الإنسان وأكثر ضررا له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه

مما نحن فيه ، ولأنها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة . فإن قيل : إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة ، وما جازت فالجواب سيأتى ، والقرض تبرّع من وجه بدليل أنه لايصح من الصبىّ والعبد ، وعقد ضمان من وجه فإن المقترض مضمون بالمثل ، فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ، ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين ، على أن القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وإن لم يلتزم فيه مؤنة القسمة (لأن الحكم يدار على نفس الشيوع) فإنه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال ، فكأنه إشارة إلى الوجه الأول ، وعلى ذلك قيل الوجه الثانى غير متمشّ فى جميع الصور ولا يكون صحيحا ، وهو غلط لأنه علة النوعية لإثبات نوع الحكم ، وذلك لايستلزم الاطراد فى كل شخص (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) أى لايثبت الملك على ماتقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة ، وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى ماذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك ، لكن أعادها تمهيدا لقوله (فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع) وبه تبين أن المانع من الشيوع ماكان عند القبض ، حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقى وسلمها جملة جازت . قال (ولو وهب دقيقا فى حنطة الخ) بنى كلامه هاهنا على أن المحل إذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الإفراز لايحتاج إلى التجديد ، وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم ، وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لاتجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة ، وقوله لأن امتناع الجواز للاتصال هو عدم إفادة ثبوت الملك ، فلا يتوهم أنه اختار قول من ذهب إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير جائز لاحتاج إلى تجديد العقد عند الإفراز فى المشاع كما فى المعدوم ، وإنما جعل الرهن فى السمسم والدقيق والحنطة معدوما لأنه ليس بموجود بالفعل ، وإنما يحدث بالعصر والطحن ، ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لأن

(قال المصنف : ولو وهب من شريكه لايجوز) أقول : قال الرافعى فى شرح الوجيز : الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ، ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ، ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره ، وبه قال مالك وأحمد ، وعند أبى حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك ، وبالغ فقال : لو وهب الشىء المنقسم من اثنين لم يصح أيضا .

وهبة اللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الأرض والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع ، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع . قال (وإذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا) لأن العين فى قبضه والقبض هو الشرط ، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه .

وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحققة فى الصورتين معا ، غير أن الزائد عليها فى إحداهما العين وفى الأخرى المنفعة . والأظهر فى الجواب عندى أن يقال : تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ماتبرّع به ، ولا يلزم التحكم لأن المحذور فى إلزامه ما لم يلتزمه فيما إذا عاد إلى ماتبرع به لزوم المنافاة . فإن التبرّع ضداللزوم فهما لايجتمعان فى محل واحد. وفيما إذا لم يعد إلى ماتبرع به لاتلازم المنافاة ، فإن المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين ، فلم يصادف الإلزام والتبرّع إذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه . ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال : والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت . وقولهم يؤدى ذلك إلى إلزام التهايؤ فنقول : لانسلم لأن التهايؤ ليس بواجب لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والإعارة لاتكون واجبة اه كلامه . أقول : لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهايؤ يجب ويجرى فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لايقسم نص عليه فى عامة الكتب ، وسيأتى بيان ذلك فى فصل المهايأة من كتاب القسمة ، وما ذكره بقوله لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس ، وقد صرحوا بأن القياس يأباه ، ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى ـ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ـ وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ، فقولهم فى هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة يؤدى ذلك إلى إلزام التهايؤ مما لايقبل المنع أصلا (قوله وإذا كانت العين فى يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا إلى قوله : أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والأصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوّز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإذا كان الشىء وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه إياه لايحتاج إلى تجديد قبض ، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ، ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده ، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : يرد على ظاهر قوله أو ببيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشترى عند اتصال القبض كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ، وأشار إليه المصنف فيما سيأتى بعد أسطر بقوله أو فى ملك غيره فى قوله لأنه فى يد غيره أو فى ملك غيره على ماصرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصوّر هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه إياه بعد قوله ببيع فاسد . فالجواب أنه قد مر أيضا فى باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه

عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة . وإذا كان العين فى يد الموهوب له لايحتاج إلى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض ، فإذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة ، بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض فى البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، والأصل فى ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر ، وتغايرهما يجوّز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإذا كان الشىء وديعة فى يد شخص أو عارية فوهبه إياه لايحتاج إلى تجديد قبض ، لأن كلا القبضين ليس

انتهى . فى قوله وعند أبى حنيفة الخ بحث لا يخفى (قال المصنف : وهبة اللبن فى الضرع) أقول : قال صاحب التسهيل : أقول فى البيوع إن النوى فى التمر لايجوز بيعه وإن أخرجه وسلمه . إلا أن يجددا بيعا جديدا للشك فى وجوده ، واللبن فى الضرع كذلك فينبغى أن لاتصح هبته وإن سلم كبيعه انتهى . قال المولى الشهير بخضرشاه رحمه الله تعالى : والفرق ظاهر ، إذ الوجود بالفعل كاف فى الهبة وإن لم يتعين به ، بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ، ويشترط فى انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة ، والتقريب بعد هذا واضح (قوله لايحتاج إلى قبض) أقول : كناية عن الملك (قوله لانتفاء المانع) أقول : ووجود المقتضى وهو ظاهر ، لكن يبقى هنا بحث ، والأظهر أن يقال :

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه فى قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان فى يده أو فى يد مودعه ، لأن يده كيده . بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا ، لأنه فى يد غيره أو فى ملك غيره والصدقة فى هذا مثل الهبة ; وكذا إذا وهبت له أمه وهو فى عيالها والأب ميت ولا وصىّ له ; وكذلك كل من يعوله .

قبل القبض وبعده رفعا للفساد ، فالمراد بقوله فوهبه إياه فوهبه فى البيع الفاسد بعد أن فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه ، بل لايبعد أن تجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء . وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو ببيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال : فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ماسيجىء بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ . أقول : لايخفى على ذى فطنة أنه لاحاصل لما ذكره . إذ لايتصور بيع فاسد بلا إذن البائع ، لأن البيع مطلقا لاينعقد إلا بإيجاب وقبول ، والإيجاب هو الإذن من البائع . لايقال : يحتمل أن يكون مراده بالبائع فى قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير إذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشترى . لأنا نقول : فإن أذن له المالك فى ذلك يكون البيع بإذن البائع : أى المالك ، وإن لم يأذن له فيه لاينفذ البيع أصلا ، فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الأمانة لايد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أى قبض الهبة لأجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الأخ والعم والأجنبى ، كذا فى الشروح . قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه بعد هذا البيان : أطلق فى الكتاب جواز قبض هؤلاء ، ولكن ذكر فى الإيضاح ومختصر الكرخى أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبى فى عيال القابض

قبض ضمان فكانا متجانسين ، ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده ، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ، ومعنى تجديد القبض أن ينتهى إلى موضع فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه بإعلام ما وهبه له ، وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد (لأنه) أى لأن الموهوب (فى قبض الأب فينوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيده (بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لأنه فى يد غيره) يعنى فى الأولين (أو فى ملك غيره) يعنى فى الأخير (والصدقة فى هذا كالهبة ، وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو فى عيالها والأب ميت ولا وصىّ له) وقيد بقوله وهو فى عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية ، وقيد بموت الأب وعدم الوصى لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الأخ والعم والأجنبى جاز له قبض الهبة لأجل اليتيم . قيل : أطلق جواز قبض هؤلاء ، ولكن ذكر فى الإيضاح ومختصر الكرخى أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبىّ فى عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف فى ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبى فى عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ؛ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة ، وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد ، وذلك لأنه قال : وكذلك كل من يعوله ، وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصى له فيكون ذلك فى المعطوف أيضا ، لكنه اقتصر

لوجود الشرط وهو القبض (قوله أو ببيع فاسد) أقول : بلا إذن البائع ، فلا يرد أن المقبوض فى البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ماسيجىء بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قيل أطلق) أقول : القائل هو صاحب النهاية .

(وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب) لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك المنافع. قال (وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصيّ الأب أوجدّ اليتيم أووصيه جاز) لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابه لأنه لايبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه) لأن له عليه يدا معتبرة . ألا ترى أنه لايتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه (وإن قبض الصبيّ الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلا لأنه نافع في حقه وهو من أهله ، وفيما وهب للصغيرة يجوز

أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيا ، لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبيّ في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ؛ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اهـ . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل : وأرى أنه لم يطلق ، ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال : وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصيّ له فيكون ذلك في المعطوف أيضا ، لكنه اقتصر على ذكر الجدّ ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب اهـ كلامه . أقول : ليس هذا بتوجيه صحيح ، إذ قد تقرر في كتب العربية أن القيد إذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق إلى الفهم في الخطابيات ، وأما إذا كان مؤخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا ، وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيضمحل

على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ، ووصيه كوصيّ الأب (وإن وهب للصغير أجنبيّ هبة تمت بقبض الأب لأنه يملك) الأمر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع المحض أولى بذلك) قال (وإذا وهب لليتيم هبة الخ) إذا وهب لليتيم مال فالقبض إلى من له التصرف في ماله وهو وصيّ الأب أو جد اليتيم أو وصيه ، لأن لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الأب ، وإن كان اليتيم في حجر أمه : أي في كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية ، وكذا إذا كان في حجر أجنبيّ يربيه لأن له يدا معتبرة ؛ ألا ترى أن أجنبيا آخر لايتمكن من نزعه من يده فيملك ماتمحض نفعا في حقه لكن بشرط أن لايوجد واحد من الأربعة المذكورة ، وإن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لأنه نافع في حقه وهو من أهله : أي من أهل مباشرة مايتضمن نفعا له . فإن قيل : عقد الصبيّ إما أن يكون معتبرا أولا ، فإن كان الثاني وجب أن لايصح قبضه ، وإن كان الأول وجب أن لايجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته . فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ماهو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضا لأنه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ، ولهذا لم يعتبر عقله في المتردّد بين النفع والضرّ سدّا لباب المضرّة عليه ، لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور فلا بد من جبره برأي الولي ، وإذا وهب للصغير هبة ولها زوج فإما أن زفت إليه أولا ، فإن كان الأول جاز قبض زوجها لها لأن الأب قد فوّض أمورها إليه وهي حين زفها إليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها ، وقبض الهبة من حفظ المال ، لكن لايبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز ، وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق المصنف عن كونها يجامع مثلها لأنه هو الصحيح . ومنهم من قال : إذا كانت ممن لايجامع لايصح قبض الزوج لها وحضور الأب لايمنع

(قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول : فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل (قوله وكذا إذا كان في حجر أجنبي) أقول : كالقيط (قوله وجب أن لايجوز اعتبار الخلف) أقول : لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الأب أيضا (قوله فالجواب أن عقله ، إلى قوله : ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد الخ) أقول : يعني لم يعتبر عقله في التردد .

قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة ، بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لا ضرورة . قال (وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز) لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع (وإن وهبها واحد من اثنين لايجوز عند أبى حنيفة ، وقالا يصح) لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ، ولهذا لو كانت فيما لايقسم فقبل أحدهما

ما توهمه صاحب العناية (قوله ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم ، وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أوغيبته غيبة منقطعة فى الصحيح) قال صاحب النهاية : قوله فى الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب : أى ويملك الزوج قبض الهبة لأجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها فى الصحيح ، وكان هذا احترازا عما ذكر فى الإيضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، وقال : إنما قلت هذا لأن فى قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه . واقتفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية . أقول : فيه نظر ، لأن شيخ الإسلام خواهر زاده قال فى مبسوطه : فن مشايخنا من سوّى بين الزوج وبين الأجنبى والأب والجد والأخ . وقالوا : يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان فى عيالهم وإن كان الأب حاضرا كما فى الزوج . ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة إذاكانت فى عياله حال حضرة الأب وحال غيبته ، وفى الأجنبى يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير ، وفيما ذكر من الأقارب حق القبض حال غيبة الأب إذا كان الصغير فى عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الأب ، إلى هنا كلامه ، فظهر منه أن فى قوله بخلاف الأم وكل من يعوله غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله فى الصحيح احترازا عنه كما لايخفى . وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به فى مبسوط شيخ الإسلام من اختلاف المشايخ فى هذه المسئلة مذكورا فى غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط

عن ذلك فإنه يملكه وإن حضر الأب فى الصحيح ، وهو احتراز عما ذكر فى الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها فإنهم لايملكونه إلا بعد موت الأب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب ولا ضرورة مع الحضور . وقوله فى الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الأب كما ذكرنا . قال صاحب النهاية : وإنما قلت هذا لأن فى قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها ، فإن كان الثانى فلا معتبر بقبض الزوج لها لأن ذلك بحكم أنه يعولها وأن له عليها يدا مستحقة وذلك لايوجد قبل الزفاف . قال(وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز الخ) وإذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع ، لأن الشيوع إما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماها جملة وهو قوله قد قبضها جملة فلا شيوع ، وإن كانت بالعكس لاتجوز عند أبى حنيفة ، وقالا : تجوز لأن هذه هبة الجملة بينهما لاتحاد التمليك ولا شيوع فى هبة الجملة كما إذا رهن من رجلين بل أولى لأن تأثير الشيوع فى الرهن أكثر منه فى الهبة حتى لايجوز الرهن فى مشاع لايحتمل القسمة دون الهبة ، ثم إنه لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى . ولأبى حنيفة أن هذه هبة النصف من كل

(قوله قال صاحب النهاية، إلى قوله: ليست رواية أخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها) أقول : قال الإمام جلال الدين الخبازى: من مشايخنا من سوى بين الزوج والأجنبى والأم والجد والأخ فى أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير فى عيالهم وإن كان الأب حاضرا كما فى الزوج ، ومنهم من فرق إلى آخر ماذكره ، فحينئذ فى قوله ليست رواية أخرى بحث .

صح ، ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كلا ، إذ لاتضايف فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما لايستردّ شيئا من الرهن (وفى الجامع الصغير : إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز ، وقالا : يجوز للغنيين أيضا) جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر ، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل ، وفرق بين الصدقة والهبة فى الحكم . وفى الأصل سوّى بينهما فقال : وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع فى الفصلين لتوقفهما على القبض . ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد ، والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنان . وقيل هذا هو الصحيح ، والمراد بالمذكور فى الأصل الصدقة على غنيين ،

شيخ الإسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية فى جعل قول المصنف فى الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الأب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى ، أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لأنه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو إليه ، وأما بعده من حيث المعنى فلأنه لو كان مراد المصنف بقوله فى الصحيح هو الاحتراز عما ذكر فى الإيضاح من أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيا لقال ويملك مع حياة الأب بدل قوله يملك مع حضرة الأب لأن الحضرة إنما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تقف (قوله ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع) قال صاحب العناية فى شرح هذا الدليل: ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع ، وهو يمنع القبض على سبيل الكمال ، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك ، وإذا

واحد منهما ، ولهذا لو كانت فيما لايقسم فقبل أحدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة ، وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال ، وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك ، وإذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله ، وهذا استدلال من جانب الملك . وفيه إشارة إلى الجواب عما يقال الشيوع إنما يؤثر إذا وجد فى الطرفين جميعا ، فأما إذا حصل فى أحدهما فلا يؤثر لأنه لايلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا . ووجه ذلك أن يقال : إن سلمنا أن الشيوع إنما يؤثر إذا وجد فى الطرفين فهو موجود فى الطرفين ، وأما المانع هو إلحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله ، وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به (قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهدا به . ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه ، بل يثبت لكل واحد منهما كلا ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لايستردّ شيئا من الرهن ، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل ، وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع فى الصدقة لايمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ، ورواية الأصل تدل على أنه لافرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيوع فيهما عن الجواز لأنه سوّى بينهما حيث عطف فقال : وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض ، والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال . ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لاشريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها ، وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والفرض أنهما اثنان . وقيل هذا هو الصحيح ، وتأويل ماذكر فى الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازا للهبة ، ويجوز المجاز على ما ذكره

(قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول : لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لنا قول المصنف فيكون التمليك كذلك ، والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك .

ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يجوز . ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان ، فأبوحنيفة مرّ على أصله ، وكذا محمد .

ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله ، وهذا استدلال من جانب الملك انتهى. ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لو كان تقرير الدليل ماحرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك،وقال: والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى . أقول : كأنه فهم من قول صاحب العناية : وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط ، فأورد عليه أنه لغا حينئذ قول المصنف فيكون التمليك كذلك ، وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتدائية فى قوله من جانب الملك ، وهذا لاينافى أن يتفرّع عليه كون التمليك أيضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل . ثم إن قوله والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لايخفى على الناظر فى الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد : يجوز. ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل فى الهبة إما أن يكون ابتداء من غير سابقة الإجمال ، أويكون بعد الإجمال فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف ، سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوى كالتنصيف ، وإن كان الثانى لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا : أى سواء كان متفاضلا أو متساويا وجاز عند محمد مطلقا ، وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة ؛ ففى المفاضلة لم يجوّز وفى المساواة جوّز فى رواية ، وقد أشار إليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان. ثم إن صاحب النهاية جعل قول المصنف ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال : ولو فصل ابتدائيا بالتنصيف من غير سابقة الإجمال بأن قال لأحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر فى عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرهما ، وذكر فى الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه .

فى الكتاب أن كل واحد منهما تمليك بغير بدل . قال (ولو وهب لرجلين دارا الخ) اعلم أن التفصيل فى الهبة إما أن يكون ابتداء أو بعد الإجمال ، فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه الآخر أو بالتساوى كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره فى الكتاب ، وإن كان الثانى لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا : أى سواء كان متفاضلا أو متساويا مرّ على أصله ، وجاز عند محمد مطلقا مر على أصله ، وفرق أبويوسف بين المساواة والمفاضلة ، ففى المفاضلة لم يجوّز فى المساواة جوّز فى رواية على ما هو المذكور فى الكتاب بقوله وعن أبي يوسف فيه روايتان . هذا الذى يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولوقال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ، ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف ، وليس بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال ، فالظاهر أنه ليس ابتدائيا . والفرق لأبي يوسف ما ذكره فى الكتاب أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع ، وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل

(قوله فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر، أو بالتساوى كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره فى الكتاب) أقول :قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لآخر متعلق أيضا له، والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثيه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثه ، وقوله التفصيل بالصاد المهملة ، وقوله بالتفضيل بالضاد المعجمة ، وقوله أو بالتساوى معطوف على قوله بالتفضيل ، والضمير فى قوله ولم يذكره راجع إلى الأول فى قوله فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف (قوله وليس بظاهر) أقول : أى ماذكره صاحب النهاية (قوله لأن المصنف عطف) أقول: ظاهرا لقربه(قوله على التفصيل بعد الإجمال) أقول : فإن قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ . قلنا : اتحاد التعليل : أى تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل .

والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك فى البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لايجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض .

(باب الرجوع فى الهبة)

وقال صاحب العناية بعد ذكر ماذهب إليه صاحب النهاية هاهنا : وليس هذا بظاهر لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال ، فالظاهر أنه ليس ابتدائيا انتهى . أقول : يرشد الى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال : ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها ولم يقل ولو وهب لأحدهما نصفها وللآخر نصفها ، إذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما فى سائر مسائل الهبة ، ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما فى آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الإجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال فى الأولى بطريق المفاضلة وفى الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه .

(باب الرجوع فى الهبة)

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج إلى بيان مواضع الرجوع وموانعه

وعلى صورته بالتساوى على رواية عدم الجواز . وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بمحتاجة إلى دليل ، وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل إن فى قوله إن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك فى البعض نوع إخلال حيث لايعلم بما ذكر موضع خلافه من الأبعاض ، وما ليس فيه خلاف من الأبعاض ؛ فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيف بعد الإجمال كما فى قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز ، وإنما لايجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الإجمال ، وذلك لأنه يستدل على ماعدل فيه عن أصله ، والمذكور فى الكتاب يدل عليه . وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة إلى الدليل لجريانها على أصله ، ووضح دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع فى الهبة بالتنصيص على الأبعاض فى الرهن فقال : ولهذا لايجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض ، خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه فى الهبة أيضا ، وهو أن التفصيل إذا لم يخالف مقتضى الإجمال كان لغوا كما فى التنصيف فى الهبة ، لأن موجب العقد عند الإجمال تملك كل واحد منهما النصف ، ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا ، وإذا خالفه كما فى التثليث كان معتبرا ويفيد تفريق العقد ، فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد فى جزء شائع حملا لكلام العاقل على الإفادة ، وكما فى الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الإجمال لأن عند الإجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما فى الكل وعند التفصيل لايثبت .

(باب الرجوع فى الهبة)

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا ، وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر

(قوله وعلى صورته بالتساوى) أقول : الباء متعلق بالضمير فى قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول : القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لأنه يستدل) أقول : هذا ناظر إلى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ماقيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول : يعنى يستوى فى الرهن المساواة الخ .

(باب الرجوع فى الهبة)

قال (وإذا وهب هبة لأجنبيّ فله الرجوع فيها) وقال الشافعي : لارجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام « لايرجع الواهب فى هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » ولأن الرجوع يضادّ التمليك والعقد لايقتضى مايضاده ، بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءا له.ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته مالم يثب منها » أى مالم يعوّض ،

وهذا بابه (قوله وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية: هذا اللفظ يحتاج الى القيود: أى إذا وهب هبة لأجنبي أو لذى رحم ليس بمحرم أو لذى محرم ليس برحم وسلمها إليه ولم يقترن بها مايمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها إما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه ، وبين كون هذه القيود محتاجا إليها بما لامزيد عليه . وقال صاحب العناية : والمراد بالأجنبي هاهنا من لم يكن ذا رحم محرم منه،فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالأخ الرضاعى ، وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي الزوجان ، ولا بد من قيدين آخرين : أحدهما وسلمها إليه . والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شىء حال عقد الهبة ، ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك فى أثناء كلامه انتهى . أقول : فى قوله وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش ، إذ لو قصد بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي إخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة ، وإنما بقى منها الهبة التى كانت بين الرجلين ، ولا يخفى فساد ذلك ، بل الصواب أن التذكير الواقع فى هذه المسئلة ليس لإخراج المؤنث ، وإنما هو للجرى على ما هو المتعارف فى أمثالها من تغليب الذكور على الإناث كما فى خطابات الشرع على ماتقرر فى علم الأصول ، وأن الزوجين إنما يخرجان من هذه المسئلة بثانى القيدين اللذين اعترف الشارح المزبور أيضا بأنه لابد منهما ، واعتذر عن تركهما بما ذكر وذلك إن لم يقترن من موانع الرجوع شىء حال عقد الهبة ، إذ لاشك أن الزوجية من جملة تلك الموانع . ثم أقول : لمانع أن يمنع انفهام القيد الأول من ذينك القيدين فى أثناء كلام القدورى فى مختصره ، والعهدة فى هذه المسئلة على القدورى لأنها من مسائل مختصره فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » أى مالم يعوّض) لايقال : يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون

ذلك ، وهذا الباب لبيانه(وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي هاهنا من لم يكن ذا رحم محرم منه . فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالأخ الرضاعى . وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شىء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك فى أثناء كلامه (وقال الشافعى : لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم « لايرجع الواهب فى هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » رواه ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم (ولأن الرجوع يضادّ التمليك والعقد لايقتضى ما يضادّه) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة فى هبة الوالد للولد وتقريره أنا لانسلم ذلك لأن التمليك لم يتم لكونه جزءا له (قوله على أصله) أى على الشافعى فإن من أصله أن للأب حق الملك فى مال ابنه لأنه جزؤه أو كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » أى مالم يعوّض) لايقال : يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لأن ذلك لايصح لأن قوله أحق يدل على أن لغيره

(قوله وهذا الباب لبيانه) أقول : فيه بحث (قوله ذا رحم محرم) أقول : جر على الجوار (قوله وخرج بالتذكير فى قوله وهب وأجنبى الزوجان) أقول : فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما لآخر ، بل الوجه إحالة خروجه إلى القيد الثانى . الذى لابد منه فإن النساء يدخلن فى أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ماعلم (قوله أحدهما وسلمها إليه) أقول : لابد من هذا القيد ، وإلا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف فى جوازه (قوله والثانى ولم يقترن من موانع الرجوع شىء حال عقد الهبة) أقول : فيه شىء (قوله والعقد لايقتضى ما يضاده) أقول : من الذى ادعى الاقتضاء (قوله أى على الشافعى) أقول : الظاهر أن يقال على أصل الشافعى (قوله فإن من أصله الخ) أقول : بل الظاهر أن المراد أصله فى تجويز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته »

ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة ؛

حجة . لأنا نقول : لايصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على المال ، وذا لايكون قبل القبض والتسليم ، ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها ، وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق ، وذلك إنما يكون بعد القبض ، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله كذا فى النهاية والكفاية ، وهكذا ذكر فى العناية أيضا إلا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة فى الجواب ، وقد أشار فى الكافى أيضا إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته مالم يثب منها » أى لم يعوّض ، والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لاتكون هبة حقيقة قبل التسليم وإضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وإن كان اشتراه منه . ولأنه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ، ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغاب لابعد تمام الهبة بالقبض ، إذ لاحق للموهوب له قبل القبض ، ولأنه مدّ هذا الحق إلى وصول العوض إليه وذا فى حق الرجوع بعد التسليم انتهى . أقول : فى الوجه الأول والثانى من تلك الوجوه بحث . أما فى الأول فلأن عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع ، فإن القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة . ولئن سلم عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لايجوز إطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار مايئول إليه كما فى نحو ـ أرانى أعصر خمرا ـ وقد جوّزت إضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذاك . وأما فى الثانى فلأنه قد تقرر فى علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والإضافة ومن ؛ ومنه قوله تعالى ـ وهو أهون عليه ـ إذ ليس شىء أهون على الله تعالى من شىء فلفظ أحق فى هذا الحديث المذكور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة ، فلم لايجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته مالم يثب منها فلا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق. نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة فى معنى التفضيل ، لكن المعترض مانع مستند باحتمال أن لايكون معنى التفضيل مقصودا فى الحديث المذكور الذى استدلوا به على جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض ، ولا يخفى أن الاحتمال كاف فى مقام المنع قادح فى مقام الاستدلال ، على أن لقائل أن يقول : لوكان معنى التفضيل مقصودا فى الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب فى هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ، ولما قال النبى عليه الصلاة والسلام « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » لأن الرجوع حينئذ يصير فى حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب ، فالوجه تجريد أحق فى الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتأمل. ثم إن بعض الفضلاء قدح فى الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال : هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح : يعنى صاحب العناية . أقول : صرح المحقق التفتازانى فى التلويح فى باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه

فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ، ولأنه لوكان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله (ولأن المقصود فى الهبة هو التعويض للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه ، وإلى من دونه ليخدمه ، وإلى من يساويه ليعوضه ، وإذا تطرّق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى إذا وجد

أقول : ولك أن تتأمل فى أحقية الواهب بعد التسليم ، فإن الثابت للموهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التمليك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثانى أحق من الأول ، إلا أن يقال : الأحقية باعتبار أن الواهب حق التمليك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول : فيه بحث ، لأن للموهوب له حق القبض للتملك فى المجلس عندنا على مامر (قوله ولأنه لوكان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول : هذا يجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح (قوله لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه الخ)

فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته ، إذ العقد يقبله ، والمراد بما روى نفى استبداد والرجوع وإثباته للوالد لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا . وقوله فى الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » وهذا لاستقباحه .

وإلى من يساويه ليعوّضه انتهى . وقال بعض الفضلاء : المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم انتهى . وقد سبقه إلى هذا الدخل الشارح العينى حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية : قلت : فعلى هذا ليس له الرجوع إلا فى الثالث ، ومع هذا له الرجوع فى الكل مالم يعوّض انتهى . أقول : يمكن توجيه ما ذكر فى العناية بأن المراد بالتعويض فى قوله وإلى من يساويه ليعوّضه هو التعويض المالى ، وبالتعويض فى قوله إن المقصود بالعقد هو التعويض مايعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال ، فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالى ، وأما التعويض المطلق فيوجد فى الأعلى والأدنى والمساوى ، والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فإنه يدل على جواز الرجوع فى الكل مالم يعوض تأمل تفهم . واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد فى ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال فى النهاية : توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة ، لأن الإنسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوّضه ، ومنه يقال : الأيادى قروض انتهى . ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال : أقول : على هذا التعليل لو قيد بنفى العوض ينبغى أن يمتنع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود ، ولكن قوله عليه الصلاة والسلام « مالم يعوّض » يدل على جواز الرجوع وإن قيد بنفى العوض انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأنا لانسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفى العوض ، فإن التعويض من الموهوب له ليس بإيجاب الواهب إياه وإلغائه بل بحسب مروءة الموهوب له ، وجرى العادة على التعويض ، وبنفى الواهب التعويض لايفوت ذلك ، بل ربما يكون نفيه إياه سببا لهيجان مروءة الموهوب له ، ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى . ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول : الوجه المذكور علة نوعية لإثبات نوع الحكم ، وذلك لايستلزم الاطراد فى كل صورة كما قالوا مثل هذا فى الوجه الثانى من وجهى عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لأنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا) أى باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعا فى الحكم ، كذا فى الكافى وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء : بل شراء إضرابا عن قوله وإن لم يكن رجوعا فى الحكم . أقول : ليس هذا بصحيح لأن المراد بتملك الوالد ههنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لابطريق الشراء لأن الشراء مما لامساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعا ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة فى تملكه بالشراء ، على أنهم صرحوا بالأول حيث قال فى البدائع : فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه انتهى . وقال فى الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه إلى ذلك للإنفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتبرات (قوله وقوله فى الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » وهذا لاستقباحه) قال الشارح العينى : قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون

بالمبيع عيبا (فتثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذ العقد يقبله ، والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع) يعنى لايستبد الواهب بالرجوع فى الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا إلا الوالد فإن له ذلك إذا احتاج إليه لحاجته ، وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعا فى الحكم (وقوله فى الكتاب) أى القدورى (فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » وهذا لاستقباحه) لا لتحريمه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر

أقول : المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان أعم (قوله وإن لم يكن رجوعا فى الحكم) أقول : بل شراء (قوله وهذا لاستقباحه لا لتحريمه) أقول : فيه بحث (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث آخر)

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال (إلا أن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد .

فى جوازه الرضا أو القضاء ، فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال ، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضى الإعانة على مثل هذه المعصية ؟ وكيف تكون إعانته على المعصية التى هى معصية أخرى منتجة للجواز ؟ وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضى لايحلل الحرام ولا يحرم الحلال ، وإنما قضاء القاضى إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه ، فإذا كان الرجوع فى الهبة لايحل لايصير بالقضاء حلالا ، وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن فى أصل الرجوع فى الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضى الإقدام على أمر واه مكروه انتهى كلامه . أقول : هذا الإشكال إنما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا . فإن الذى كان مكروها إنما هو نفس الرجوع عن الهبة لاجواز الرجوع عنها ، والذى يكون محلا للقضاء إنما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع ، فإن القاضى لايقول للواهب فى حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك ، بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه . وليس فى قضائه هذا إعانة على أمر مكروه بل فيه إجراء حكم شرعى على أصل أئمتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه ، فإن رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لابإعانة القاضى عليه ، وإن امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها إليه يلزمه القاضى دفعها إليه ، وليس فيه أيضا إلزام المكروه لأن دفع الهبة إلى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وإن كان نفس الرجوع مكروها . ثم إن القاضى لايحلل الحرام ولا يحرم الحلال ، ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر فى موضعه . ثم إن الضعيف إذا كان ناشئا من اختلاف العلماء فى مسئلة لايمنع القاضى عن الإقدام على الحكم بها سيما إذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الإشكال المذكور بحذافيره ، هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية : ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة فى قيمة الموهوب اه . أقول : بل من ذلك القيد الآخر بدّ بقوله أو تزيد زيادة متصلة ، لأن مالا يورث زيادة فى قيمة الموهوب نقصان فى الحقيقة وإن كان فى صورة الزيادة كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها موثرة فى زيادة القيمة ، فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ، فربّ زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالإصبع الزائدة مثلا اه . والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج إلى قيد زائد ، ولقد أحسن صاحب

والعائد فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود » حيث شبهه بعود الكلب فى قيئه ، وفعله لايوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعنى القدورى ، وقد جمعها القائل فى قوله :

موانع الرجوع فى فصل الهبه   ياصاحبى حروف دمع خزقه

فالدال الزيادة ، والميم موت الواهب أو الموهوب له ، والعين العوض ، والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له ، والزاى الزوجية ، والقاف القرابة ، والهاء هلاك الموهوب . وذكر المصنف (فقال إلا أن يعوّضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال : تورث زيادة فى قيمة الموهوب ، أما اشتراط الزيادة فلأن النقصان لايمنع الرجوع ، وأما اشتراط الاتصال فلأن المنفصلة لاتمنع ، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع وإنما منعت المتصلة (لأنه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم إمكان الفصل ، ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها موثرة فى زيادة القيمة فلأنها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ، فربّ زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالإصبع الزائدة مثلا ، وطولب

أقول : الأظهر فى رواية أخرى .

قال (أو بموت أحد المتعاقدين)لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل فى حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد إذ هو ما أوجبه . قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ، ولأنه تجدّد الملك بتجدد سببه . قال(فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت فى ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع فى شىء منها) لأن هذه زيادة متصلة . وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لايعد زيادة أصلا ، وقد تكون

النهاية فى البيان هاهنا حيث قال : ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هوالزيادة فى نفس الموهوب بشىء يورث زيادة فى قيمة الموهوب كالسمن والجمال . أما لو زاد الموهوب فى نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة فى قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فإنه قد يكون الشىء زيادة صورة نقصانا معنى كالإصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال : هكذا كله فى الذخيرة . ثم أقول : بقى هاهنا شىء وهو أنهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التى لاتورث زيادة فى القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالإصبع الزائدة لاتمنع الرجوع ، مع أن الدليل الذى ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع ، وهو أنه لاوجه للرجوع فيها دون الزيادة مدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه فى تلك الصورة أيضا فليتأمل فى التوجيه (قوله فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت فى ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية : هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اهـ. أقول : وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الألفاظ المذكورة بطريق الاستثناء فى مسئلة مختصر القدورى بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهى هذه المسئلة ، فإن المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغى أن يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه . وقال بعض الفضلاء فى الاعتذار عنه : إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اهـ . أقول : ليس هذا بشىء لأن المصنف لوقصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من أصول الموانع بين التفريعات بقوله وإن وهب هبة لذى رحم محرم منه

بالفرق بين الردّ بالعيب والرجوع فى الهبة فى أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع فى الهبة والمتصلة بالعكس . وأجيب بأن الرد فى المنفصلة إما أن يردّ على الأصل والزيادة جميعا ، أو على الأصل وحده لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية ، والأول لايصح لأن العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد ، وكذلك الثانى لأن الولد بعد الانفصال لايتبع الأم لا محالة ، ولا إلى الثانى لأنه تبقى الزيادة فى يد المشترى مجانا وهو ربا ، بخلاف الرجوع فى الهبة فإن الزيادة لو بقيت فى يد الموهوب له مجانا لم تفض إلى الربا ، وأما فى المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه إسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه ، بخلاف الرجوع فى الهبة فإن الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (وإذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا ، لأنه إن مات الموهوب له فقد انتقل الملك إلى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما إذا انتقل فى حال حياته ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد إذ هو ما أوجبه ، وكذلك إذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين ، وفى تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا فى تبدل السبب . قال (فإن وهب لآخر أرضا بيضاء الخ). هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم . والآرىّ هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء . وعند العرب الآرى : الأخية ، وهى عروة حبل تشد إليها الدابة فى محبسها ، فاعول من تأرّى بالمكان : إذا أقام فيه ، وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها)والواو للحال لأن مالا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة فى قطعة منها لايمنع الرجوع فى غيرها ، وكلامه واضح .

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول : إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لايمنع الرجوع فى غيرها) أقول : ليس فى محله .

الأرض عظيمة يعدّ ذلك زيادة فى قطعة منها فلا يمتنع الرجوع فى غيرها . قال (فإن باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) لأن الامتناع بقدر المانع (وإن لم يبع شيئا منها له أن يرجع فى نصفها) لأن له أن يرجع فى كلها فكذا فى نصفها بالطريق الأولى . قال (وإن وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها » ولأن المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لأن المقصود فيها الصلة كما فى القرابة ، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد ، حتى لو تزوّجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ، ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع . قال(وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو فى مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود ، وهذه العبارات تؤدى معنى واحدا (وإن عوّضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبى كبدل الخلع والصلح .

فلا رجوع فيها ، وبقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ، تبصر تقف (قوله فإن باع نصفها غير مقسوم رجع فى الباقى) أقول : قيد النصف فى الكتاب بكونه غير مقسوم ، والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع فى عامة المعتبرات ، إذ الحكم فيما إذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشىء بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به ، وكأن وجه التقييد فى الكتاب إرادة إثبات الحكم فى المقسوم بالطريق الأولى ، فإنه لما صح الرجوع فى الباقى فيما إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع فى الباقى فيما إذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى ، وسيأتى التعرض من الشراح لنظير هذا فى قوله

وقوله (وإذا قال الموهوب له للواهب) بيان الألفاظ التى تستعمل فى العوض عن الهبة ليقع المدفوع إلى الواهب عوضا يبطل به الرجوع ، وأما إذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما أن يرجع فى هبته ، وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لأنها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ، ولا أن ينحصر العوض على الموهوب له ، بل لو عوّضه عنه أجنبى متبرعا صح (وإذا قبضه الواهب بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبى كبدل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والإفراز لأنه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب مثل أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فإنه لا ينقطع به حق الرجوع لأنا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فإنه قال : التحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا . والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به . فإن قيل : هل فى قوله متبرعا فائدة أو ذكره اتفاقا ؟ أجيب بأنه من إثبات الحكم بطريق الأولى ، وذلك لأن الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل ، لأن الموهوب له يؤدى إلى المعوّض ما أمره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ، ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة فى بطلان حق الرجوع ، فكذلك إذا عوّض بأمره ، غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحا . أما إذا كان بغير أمره فظاهر ، وأما إذا كان بأمره فلأن التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك

(قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول : معطوف على قوله أن يساوى الموهوب (قال المصنف : كبدل الخلع والصلح) أقول : قال فى الكافى عن دم العمد وإنما قيده به ليستقيم معنى الإسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول : يعنى يشترط فى العوض (قوله لأنا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول : مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول: فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول : فيه بحث .

قال (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة إلا أن يردّ ما بقى ثم يرجع)وقال زفر : يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر . ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء ، وبالاستحقاق ظهر أنه لاعوض إلا هو ، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده . قال (وإن وهب دارا فعوضه من نصفها) رجع الواهب فى النصف الذى لم يعوض لأن المانع خص النصف . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء .

وإن عوّضه أجنبى عن الموهوب له متبرعا فتبصر (قوله وقال زفر رحمه الله : يرجع بالنصف) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وقال زفر رحمه الله : يرجع بنصف العوض . أقول : هذا سهو ، فإن المراد بالنصف فى قول المصنف وقال زفر

لايوجب عليه الضمان ما لم يضمن (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له مايقابل نصفه ، وإن استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة إلا أن يردّ ما بقى ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر : يرجع بنصف العوض) قاس أحد العوضين على الآخر ، لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما فى بيع العرض بالعرض ، فإنه إذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقى يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه فى البقاء لأن البقاء أسهل من الابتداء ، ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل فى الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه فى البقاء بالاستحقاق ، إذ به ظهر أنه لاعوض من الابتداء إلا هو . وعورض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض ، فإذا كان الكل فى الابتداء عوضا عن الكل كان النصف فى مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء . وأجيب بأن ذلك فى المبادلات تحقيقا لها ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فليس له الرجوع فى شىء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطا لأنها تم مبادلة فيوزع البدل على المبدل . والجواب عن قياس زفر أن المعوّض يملك الواهب العوض فى مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام ، وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شىء ، ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لاتنقسم على أجزاء الحكم (قوله إلا أنه) أى إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يردّ ما بقى من العوض ويرجع فى الهبة وبين أن يمسكه ولم يرجع بشىء (لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرد مابقى من العوض ، وإن وهب دارا فعوّضه من نصفها رجع بالنصف الذى لم يعوض لأن المانع خص النصف) غاية ما فى الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر ، كما لو رجع فى النصف بلا عوض . فإن قيل : قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل فى الكل لئلا يلزم تجزؤ الإسقاط كما فى الطلاق . أجيب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق . قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما الخ). لايصح الرجوع فى الهبة إلا بالرضا أو القضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء . قيل لأن له الرجوع عندنا خلافا للشافعى ، وإذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه فى إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها كالهبة ، فإنها لما ضعفت

(قوله ولنا أن الباقى يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول : وكذلك فى بيع العرض بالعرض . وجوابه بأن المراد أن الباقى فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل فى الابتداء الخ) أقول : فيه بحث ، فإن أحد الوجهين لايستقل وجها إلا بملاحظة الآخر . ووقع فى نسخة مقروءة على الشارح هكذا : ولنا أن الباقى يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء ، وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه فى البقاء بالاستحقاق إذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه فى إيجاب حكمه) أقول : فيه تسامح ، لأن الرجوع ليس من حكمه ، والمراد فى إيجاب

وفى أصله وهاء وفى حصول المقصود وعدمه خفاء ، فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك فى يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضى يكون فسخا من الأصل حتى لايشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ ،

يرجع بالنصف إنما هو نصف الهبة دون نصف العوض ، وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوص عليه فى الكافى والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفى أصله وهاء) أى فى أصل الرجوع ضعف . قال صاحب الكافى فى تعليل ذلك : لأن الواهب إن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه . وقال تاج الشريعة : لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا فى ملك الغير ولهذا

لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم إليها القبض ، وفيه نظر تقدم غير مرة ، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت (قوله وفى أصله وهاء) أى فى أصل الرجوع ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا فى ملك الغير ، ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع . قال فى المغرب : الوهاء بالمد خطأ ، وإنما هو الوهى ، وهو خطأ لأن مد المقصور السماعى ليس بخطأ ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ (قوله وفى حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل ، وإن كان العوض لم يحصل (فإذا تردد) لابد من الفصل بالرضا أو القضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك فى يده بعده لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام على ذلك إلا أن يمنعه بعد الطلب لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا من الأصل) وخالف زفر فى الرجوع بالتراضى وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ، فإنه إذا كان بالقضاء كان فسخا وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدإ . والجواب أن التراضى على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا ، وهاهنا تراضيا على رفع سبب غير لازم ، وذلك لايوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الأصل (حتى لايشترط قبض الواهب ويصح فى الشائع) كما إذا وهب الدار ثم رجع فى نصفها ، ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما فى الابتداء ، فصحته دليل على بقاء العقد فى النصف الآخر والشيوع طارئ لا أثر له فيها (قوله لأن العقد) هو الدليل على المطلوب . وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ ماتقدم من ثبوت حق الرجوع ، وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له ، ولا فرق فى ذلك بين الرضا والقضاء لأنهما يفعلان بالتراضى ما يفعل القاضى وهو الفسخ فيظهر على الإطلاق ليشمل التراضى والقضاء.

ماهو كحكمه (قوله لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها مالم ينضم إليها القبض) أقول : منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز واللوز فى قشره فإنه لايجوز عند الشافعى مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول : يعنى أن خلاف الشافعى متأخر ، فكيف يبنى الحكم المتقدم على مايتحقق بعد (قوله والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت) أقول : أو التابعين ، بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الإجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضى الله عنهم (قوله لأنه ثبت بخلاف القياس) أقول : فيه بحث لانتقاضه بكل ماثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال فى المغرب : الوهاء بالمد خطأ ، وإنما هو الوهى ، وهو خطأ لأن مد المقصور السماعى ليس بخطأ ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ) أقول : قال مولانا إياس : وهذا خطأ عظيم لأن الوهى على وزن الرمى بسكون الهاء ومد مثله خطأ لا محالة انتهى أقول : والعذر للمصنف أن المد للمزاوجة (قوله فإذا تردد لابد من الفصل الخ) أقول : ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تفريع على قوله وفى حصول المقصود الخ ، وليس كذلك بل هو متعلق بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله ، إلى قوله : بعده) أقول : يعنى هلك قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضى على سبب موجب للملك) أقول : جواب بإبداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد فى النصف) أقول : فيه بحث (قوله وما هو جائز الفسخ يقتضى جواز استيفاء حق ثابت له) أقول : الضمير فى قوله له راجع إلى صاحب الحق) قوله ولا فرق فى ذلك بين الرضا والقضاء) أقول : فيه بحث (قوله لأنهما يفعلان بالتراضى مايفعل القاضى وهو الفسخ) أقول : قوله هو راجع إلى ما .

فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق .

يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العينى . أقول : فى قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل ، لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس فى جميع الصور : أى فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا فى ملك الغير فى الجميع ، فلا يصح تفريع بطلانه فى صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس ، إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل فى جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة فى صورة . فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من المواقع لما ذكر من الأدلة المفصلة فى مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس . واعترض بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال : فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس . أقول : هذا ساقط ، لأنه إن أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس أنه يقتضى أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فما المحذور فى ذلك ، إذ الظاهر أن كل ماثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ، ألا ترى أنهم قالوا : كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بمورد النص ، بخلاف ما ثبت به على وفق القياس ، وإن أراد بذلك أنه يقتضى أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممنوع ، وإنما يكون كذلك لو كان قوله وفى أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء ، وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لأنه مختلف بين العلماء وفى أصله وهاء ، وفى حصول المقصود وعدمه خفاء ، ولا تجرى هذه العلة بتمامها فى كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتقاض به . ثم إن الإمام المطرزى قال فى المغرب : الوهاء بالمد خطأ ، وإنما هو الوهى مصدر وهى الحبل يهى وهيا إذا ضعف اه . وقد نقله عنه كثير من الشراح هاهنا ولم يتعرضوا له بشىء ، ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال : وهو خطأ ، لأن مدّ المقصور السماعى ليس بخطإ وتخطئة ماليس بخطإ خطأ اه . ولا يذهب على ذى فطانة أن الخطأ هاهنا إنما هو فى كلام صاحب العناية ، فإنه زعم أن الوهى فى قول صاحب المغرب : وإنما هو الوهى مقصور الوهاء ، وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمى ، ومن البين فيه قول صاحب المغرب : مصدر وهى الحبل يهى وهيا حيث قال وهيا ، ولو كان مقصورا لقال وها كما لايخفى ، وقد تفطن الشارح العينى لهذا حيث قال : وقول صاحب العناية : لأن مدّ المقصور السماعى ليس بخطإ خطأ لأن جواز مدّ المقصور السماعى مبنى على وجود المقصور حتى يمد ، والمصدر هاهنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اه : ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال : فصاحب المغرب مصيب من وجه فى قوله وإنما هو الوهى : يعنى بتسكين العين ، ومخطئ من وجه فى قوله الوهاء بالمد خطأ لأن هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول فى قلى يقلى قلى وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك . وقد قال الجوهرى : القلى البغض ، فإن فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء اه كلامه . أقول : أخطأ هذا الشارح أيضا فى تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لايقتضى أن يكون نفسه أيضا مصدرا ، إذ قد تقرّر فى علم الأدب أن مصدر الثلاثى سماعى لايثبت بالقياس ، فمجىء القلاء مصدرا من قلى يقلى كما ذكره الجوهرى لايقتضى أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهى يهى ، فإن الأول مسموع دون الثانى . وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلاغبار فيه على أن تخطئته إياه فى قوله الوهاء بالمد خطأ ينافى تصويبه إياه فى قوله وإنما هو الوهى ، لأن فى قوله هذا قصر مصدر وهى يهى على الوهى بتسكين الهاء ، فكون الوهاء أيضا مصدرا منه ينافى ذلك قطعا . ثم إن صاحب الكافى ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبى الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور فى الكتاب حيث قالوا : ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة وهو القاضى أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالردّ بالعيب بعد القبض اه . أقول : فيه نظر ، أما أوّلا فلأنه منقوض

بخلاف الردّ بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا . قال (وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها امستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشىء لأنه عقد تبرّع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ، والغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا فى غيره . قال (وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى العوضين وتبطل بالشيوع) لأنه هبة ابتداء (فإن تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يردّ بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لأنه بيع انتهاء . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة فى العقود للمعانى ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا .

بفسخ العقد فى البيع الفاسد ، إذ قد مر فى فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع أن المشترى إذا قبض المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وفى العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته . ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض ، وكذا بعده إن كان الفساد فى صلب العقد ولمن له الشرط إن كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به ، فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض أيضا بسائر العقود الغير اللازمة ، لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به فى مواضعه . وأما ثانيا فلأن قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذ الحق هناك للمشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ ، والحق هاهنا للواهب فى نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتى . وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضى عدم انفراد المشترى هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب هاهنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا) قال صاحب العناية فى تعليل قوله لا فى الفسخ : لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ، ولكن الكلام فى حق الفسخ لا فى ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب ، وإن أراد أنه إذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ، ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر ، فلم لا يجوز أن يثبت للمشترى أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع . فالأظهر فى تعليل ذلك أن يقال : لأن البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد ، بخلاف عقد الهبة فإنه عقد

وقوله (بخلاف الردّ) جواب عن قياس زفر . وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض إنما كان فى صورة القضاء خاصة ، لأن الحق هناك فى وصف السلامة ، حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا فى الفسخ ، لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ ، فإذا تراضيا على مالم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما . وأما القاضى فإنما يقضى أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة ، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عين ما ثبت بالقضاء فافترقا ، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا . وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثانى فى هبته كان للأول أن يرجع سواء رجع الثانى بقضاء القاضى أو بغيره خلافا لزفر فى غيره ، وإذا ردّ المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك ، وإن كان بغيره فليس له ذلك قال (وإذا تلفت العين الموهوبة الخ) وإذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لأنه عقد تبرّع ، وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له : أى للواهب احترازا عن المودع فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع فى ذلك القبض بحفظها لأجله . فإن قيل : غرّه

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين ، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ، وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم ،وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لايمكن اعتبار البيع فيه ، إذ هو لايصلح مالكا لنفسه .

تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاقدين(قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية فى تقرير هذا الدليل : ولنا أنه اشتمل على جهتين : جهة الهبة لفظا ، وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما ، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما انتهى . أقول : فيه مناقشة ، وهى أن قوله لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما يفيد أولوية إعمال الشبهين والمدعى وجوب إعمالهما كما ترى فلا تقريب ، ويمكن دفعها بعناية فتأمل .

بإيجابه الملك له فى المحل وإخباره بأنه ملكه ،والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشترى . أجاب بأن الغرور فى ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لامطلقا وقد تقدم . وذكر فى الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا ، فإن ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع . أما الغرور فى ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا ، فإذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لى هذا العبد لا أن يقول بالباء فإنه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالإجماع ، أما إذا كان بلفظ على فإنه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض فى العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع ، فإن تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ، وتستحق الشفعة فيه لأنه بيع انتهاء . وقال الشافعى وزفر : هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة فى العقود للمعانى ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا وهو ظاهر . ولنا أنه اشتمل على جهتين : جهة الهبة لفظا ، وجهة البيع معنى ، وأمكن الجمع بينهما ، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما . أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر ،وأما إمكان الجمع فلما ذكره بقوله لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ،وقد يوجد ذلك فى البيع كما فى البيع الفاسد ، والبيع من حكمه اللزوم ، وقد يوجد ذلك فى الهبة كما إذا قبض العوض ، وإذا انتفى المنافاة أمكن الجمع لا محالة ، فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض ، كالهبة فى المرض فإنها تبرع فى الحال صورة ووصية معنى ، فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ، ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين ، وهذا لأن الألفاظ قوالب المعانى فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا لم يمكن الجمع بينهما ، كما إذا باع المولى عبده من نفسه لأنه لايمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لايصلح أن يكون مالكا لنفسه .

(قوله أجاب بأن الغرور ، إلى قوله : وقد تقدم) أقول : يعنى تقدم فى المضاربة .

(فصل)

قال (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لأن الاستثناء لايعمل إلا فى محل يعمل فيه العقد ، والهبة لاتعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع فانقلب شرطا فاسدا ، والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا هو الحكم فى النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لاتبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها .

(فصــل)

لما كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها فى فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لايعمل إلا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لاتعمل فى الحمل لكونه وصفا على ما بيناه فى البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لايعمل إلا فى محل يعمل فيه العقد ، والهبة لاتعمل فى الحمل لكونه وصفا ، والعقد لايرد على الأوصاف مقصودا ، حتى لو وهب الحمل لآخر لايصح ، فكذا إذا استثنى على ما مر فى البيوع ، فإذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لأن اسم

(فصــل)

لما كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها فى فصل على حدة . قال (ومن وهب جارية إلا حملها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام : قسم منها مايجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء . وقسم منها مايبطلان فيه جميعا . وقسم منها ما يصحان فيه جميعا . فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإنه إذا وهب الجارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لايعمل إلا فى محل يعمل فيه العقد ، والهبة لاتعمل فى الحمل لكونه وصفا والعقد لايرد على الأوصاف مقصودا ، حتى لو وهب الحمل لآخر لايصح ، فكذا إذا استثنى على ما مرّ فى البيوع . فإذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها ، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد ، والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة على ماسيجىء ، وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن فى الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزّه أو اللبن فى الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استحسانا دون الحمل . وأجيب بأن ما فى البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة ، بخلاف الصوف واللبن ، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعل فى ذلك نائبا عن الواهب ، بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللبن (قوله وهذا) أى صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم فى النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لاتبطل بالشروط الفاسدة) (قوله بخلاف البيع والإجارة والرهن) إشارة إلى القسم الثانى (لأنها تبطل بها) .

(فصل ومن وهب جارية)

(قوله فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول : الأولى ترك كلمة من ، إلا أن يقال : المراد مانحن فيه فى بيان جنسه (قوله وأجيب أن ما فى البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة ، بخلاف الصوف واللبن) أقول : فيه بحث ، لأنه انتفاخ على مامر فى البيوع (قوله وهذا : أى صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم فى النكاح الخ) أقول : فإن قيل : الظاهر أن الإشارة إلى عدم البطلان بالشروط الفاسدة . قلنا : فيلزم المصادرة .

ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ، ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقى على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ،

الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها ، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد. والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك فى باب الهبة معلق بفعل حسى وهو القبض، والقبض لايفسد بالشروط ، وإنما تؤثر الشروط فى العقود الشرعية . هذا زبدة ما فى الشروح . وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما فى الكتاب حيث قال : ولأن الاستثناء تصرف فى اللفظ فلا يعمل إلا فى الملفوظ ، والحمل جزء من أجزائها فيكون فى حكم الأوصاف ، واللفظ يرد على الذات لا على الأوصاف فلا يصح استثناؤه لأنه ليس بملفوظ اه . أقول : فيه بحث ، إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل فى الوصية أيضا لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة ، وسيأتى فى وصايا هذا الكتاب أن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اه . وقال فى الكافى هناك : فإن قيل : إذا لم يتناوله اللفظ فينبغى أن لايصح الاستثناء لأنه تصرف فى الملفوظ . قلنا : يكفى لصحة التزيى بزيه كما فى استثناء إبليس ، على أن صحته لاتفتقر إلى التناول اللفظى بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اه فيدل ذلك على عدم صحة ما فى الكفاية هاهنا ، وطولب بالفرق هاهنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع ، فإنه إذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما فى الضرع من اللبن وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فإنه جائز له استحسانا ، وفى الحمل لايجوز . وأجيب بأن ما فى البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة . بخلاف الصوف واللبن ، وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعل فى ذلك نائبا عن الواهب ، بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللبن ، كذا فى الشروح ، وعزاه فى النهاية إلى المبسوط . أقول : فى كل من وجهى الجواب المذكور نظر . أما فى وجهه الأول فلأن ما فى البطن لو لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح إعتاقه وتدبيره وإيصاؤه ، وقد صح كل منها على مانصوا عليه فى مواضعه ، ويدل على صحة الأولين أيضا المسئلتان الآتيتان هاهنا ، وهما قوله ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جاز ،وقوله ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم يجز . وأما فى وجهه الثانى فلأن كون إخراج الولد ليس إليه إنما يقتضى عدم صحة الهبة فيما إذا أمره الواهب بقبض الحمل فى الحال، وأما فيما إذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا، إذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب ، ولعل هذا هو السر فى أن قال بعض أصحابنا إن أمره فى الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما فى الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية فى أول الجواب المذكور ، وقال : ولكن الأصح أنه لايجوز فى الحمل أصلا لأن ما فى البطن ليس بمال الخ . ثم أقول: على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه لايندفع به السؤال المزبور لأن مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لاتعمل فى الحمل لكونه وصفا على مابيناه فى البيوع . وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع أيضا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر فى باب البيع الفاسد فى كتاب البيوع ، فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل . والجواب المذكور إنما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى ، وذا لايجدى شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة فى الكتاب

أى بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو فى الوصية وسنذكره فيها (ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جازت الهبة لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه بالإعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) فى إمكان تجويز الهبة (ولو دبر ما فى بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باق على ملكه. فلم يشبه الاستثناء) فى التجويز لأن الجواز فى الاستثناء

ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شىء هومشغول بملك المالك . قال(فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، والهبة لاتبطل بها ، ألا ترى « أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر » بخلاف

فلا يتم المطلوب (قوله ولايمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقى هبة المشاع أو هبة شىء هو مشغول بملك المالك) فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لايحتمل القسمة وهي جائزة . أجيب بأن عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلا فى الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة ، كذا فى العناية أخذا من النهاية أقول : ليس الجواب بسديد ، أما أوّلا فلأنه لوجعل الحمل منفصلا فى الحال بناء على كونه فى عرضية الانفصال فى ثانى الحال كان فى حكم المفرز المقسوم لا فى حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب . وأما ثانيا فلأنه لايلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه فى حكم مشاع يحتمل القسمة ، إذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لايدوران على الدخول فى الملك والخروج عنه بل على عدم إضرار التبعيض وإضراره كما عرف فيما مر ، فلم يتم قوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة . نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما فى هبة الجوالق الذى فيه طعام الواهب ، ولكنه أمر وراء احتمال القسمة . فإن قلت : المراد بقوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لأنه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ، ولهذا قال : فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ، ويرشد إليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة كما فى هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة ، لأن هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع فى الهبة حكما لوجود اختلاط الملك فى الصورتين جميعا انتهى . قلت : مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شىء هو مشغول بملك الواهب ، وما ذكرته إنما يصلح توجيها للثانى دون الأول فلا يتم الجواب ، تأمل تقف . ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال : وكأنّ المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شىء مشغول بملك الواهب فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لايصح كهبة المشاع الحقيقى انتهى . أقول : فيه ركاكة ظاهرة ، لأن الجواب المزبور إن كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسفور لايقتضى إرداف الوجه الأول بشىء آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الأول غير وارد عليه ، وإن لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوّضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية : هذا على طريق اللفّ والنشر وإلا

كان بإبطاله وجعل الحمل موهوبا (وهاهنا التدبير يمنع عن ذلك فبقى هبة المشاع) وهى لاتجوز . فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لايحتمل القسمة وهى جائزة . أجيب بأن عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لامحالة فأنزل منفصلا فى الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان فى حكم مشاع يحتمل القسمة ، وكأن المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شىء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب ، وذلك لايصح كهبة المشاع الحقيقى . فإن قيل : هل يصح أن تجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الإعتاق غير مشابهة ؟ قلت : نعم إذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقى بعد الثنيا ، فإن الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ، ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين ، والإعتاق لايورث ذلك فلم يشابهه ، والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ، ومسئلة الإعتاق تشابهه فى جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم (فإن وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) ولا يتوهم التكرار فى قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه لأن

البيع ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولأن الشرط الفاسد فى معنى الربا وهو يعمل فى المعاوضات دون التبرعات . قال (ومن لـه على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهى لك أو أنت منها برىء . أوقال إذا أدّيت إلىّ النصف فلك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقى فهو باطل) لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ،

لا يصح : أعنى أن قوله على أن يردّ عليه شيئا متصل بقوله أو وهب له دارا ، وقوله أو يعوّضه شيئا منها متصل بقوله أو تصدّق عليه بدار ، وإنما قلنا هذا لأنه لو وصل قوله أو يعوضه شيئا منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر ، وإنما لا يصح اشتراط العوض فى الصدقة لا فى الهبة ، وذلك إنما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار . اللهم إلا إن أراد بقوله أو يعوّضه شيئا منها أن يردّ بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار ، فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئا منها إلى قوله وإذا وهب دارا إلا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة شىء بقوله على أن يرد عليه شيئا منها ، انتهى كلامه . وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع . أقول : فى تحريرهما قصور إذ لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوّضه شيئا منها سيما بعد قوله على أن يرد عليه شيئا منها إنما هو أن يردّ بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار ، والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ إلا بتعسف بعيد ، وهو أن يرجع ضمير منها فى قوله أو يعوّضه شيئا منها إلى ما هو غير مذكور هاهنا أصلا كلفظ الإعواض فيصير المعنى أو يعوّضه شيئا من الأعواض لا من الدار ، فاستبعاد إرادة المعنى الأول كما يشعر به لفظة اللهم إلا إن أراد بقوله أو يعوّضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغى بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب . ثم إن هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير فى هذه المسئلة قطعى فى المعنى الأول فإنه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوّضه ثلثها أو ربعها قال : الهبة جائزة ولا يردّ عليه ولا يعوّضه شيئا منها ، إلى هنا لفظه . ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها ، فاستبعاد إرادة ذلك المعنى بل تجويز إرادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذى هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر ، لكن بقى لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به ، وكأن الإمام الزيلعى تنبه لسماجة الاستبعاد الذى يشعر به لفظة اللهم الواقعة فى كلام الشارحين المذكورين حيث غير فى شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوّضه شيئا منها فيه إشكال ، فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوّضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يردّ عليه شيئا منها انتهى كلامه . أقول : ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر فى الجامع الصغير لترك الترديد أيضا ، بل قصر على الشق الثانى لكون ذلك نصا فى هذا الشق كما نبهت عليه آنفا . ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضا حيث لم يتعرض للشق الأول أصلا ، بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثانى ولا يلزم التكرار فقال : ولا يتوهم التكرار فى قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه لأن الردّ عليه

الردّ عليه لا يستلزم كونه عوضا ، فإن كونه عوضا إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها ، وإنما بطل الشروط لأنها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد ، لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق أو غير ذلك فمقيد بها ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . وأصل ذلك ما روى «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر فى رجوعها إليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له» ؛ بخلاف البيع فإنه يبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولأن الشرط الفاسد فى معنى الربا وهو يعمل فى المعاوضات والهبة ليست منها . قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهى لك أو أنت منها برىء أو قال إذا أدّيت إلىّ النصف فلك نصفه أو أنت برىء من النصف

ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ، ولهذا قلنا إنه يرتدّ بالرد ولا يتوقف على القبول .

لايستلزم كونه عوضا ، فإن كونه عوضا إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى . أقول : فيما قاله نظر ، لأن الرد عليه وإن لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به إلا أنه يشمل ذلك ويعمه ، إذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار أنه مردود على الواهب ، فكان قوله على أن يردّ عليه شيئا منها مغنيا عن قوله أو يعوّضه شيئا منها فلم يكن فى ذكر الثانى فائدة ، وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوّضه شيئا منها مصروفا أيضا إلى الهبة دون التصدّق ، وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد فى المفهوم أو فى الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية. قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى هذا المقام : رأيت فى بعض الحواشى أن قوله أو يعوّضه شيئا منها يرجع إلى التصدق ، فإنه إذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط ، وإذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح . أقول : إذا وهب بشرط أن يعوض شيئا فالشرط باطل ، وشرط العوض إنما يصح إذا كان معلوما ، فعلم أن قوله أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة ، إلى هنا كلامه . وأقول : التوجيه الذى ذهب إليه صدر الشريعة خلاف ما أراده واضع هذه المسئلة ، فإن واضعها الإمام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه : أو يعوّضه ثلثها أو ربعها ، ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم ، فكان وضع المسئلة فيما إذا كان العوض معلوما ، إلا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الإجمال غيروا عبارة الجامع الصغير فى هذه المسئلة فقالوا : أو يعوضه شيئا منها ، فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول . ثم إن بعض العلماء ردّ على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال : فيه كلام ، وهو أن المفهوم من هذا القول أنه إذا وهب بشرط أن يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط ، لأن العوض معلوم مع أنه ليس كذلك ، إذ قد صرح فى غاية البيان بأنه إذا وهب دارا أو خمسة دراهم بشرط أن يعوّضه بيتا معينا منها أو درهما واحدا من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد ، لأن بعض الهبة لايصلح أن يكون عوضا وللواهب أن يرجع فى هبته لانعدام العوض . وقال ذلك البعض : ومن هذا يظهر فساد ما فى بعض الحواشى أيضا كما لايخفى انتهى . أقول : كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام ، فإن مدار ما رآه صدر الشريعة فى بعض الحواشى وما ذكره نفسه فى ردّ ذلك على أن يكون المراد بالتعويض فى قوله أو يعوّضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة ، فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر فى بعض الحواشى إنما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا ، والأمر كذلك بلا ريب ، وما صرح به فى غاية البيان بل فى عامة المعتبرات هو أنه إذا شرط الواهب أن يعوّضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط ، وهذا أيضا أمر مقرّر إلا عند زفر ، ولكن كون الشرط صحيحا فى هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر فى بعض الحواشى ، فلا يرد عليهما ما توهمه ذلك البعض . نعم يرد على مدارهما أنه مما لايساعده اللفظ أصلا فى أصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا ، فإن تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من

الباقى فهو باطل ، لأن الإبراء تمليك من وجه لارتداده بالرد ، إسقاط من وجه لأنه لايتوقف على القبول ، وهبة الدين ممن عليه إبراء لأنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه إسقاطا من وجه . والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلايتعداها إلى مافيه تمليك . فإن قيل : قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لاتتوقف على القبول منقوض ببدين الصرف والسلم فإن ربّ الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله . أجيب بأن توقفه على ذلك لامن حيث أنه هبة الدين بل من حيث أنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف ، وأحد العاقدين لاينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا إنه يرتدّ بالرد) يفيد بإطلاقه أن عمل الرد فى المجلس وغيره سواء وهو المروى عن السلف .

والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها . قال (والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ، ومعناه أن يجعل داره له عمره ، وإذا مات تردّ عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة (والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : جائزة) لأن قوله دارى لك تمليك . وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى . ولهما « أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وردّ الرقبى » ولأن معنى الرقبى عندهما إن متّ قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ، وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به .

الأقوال مما لم أسبق إليه ، فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه(قوله والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية : هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة مالا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها اهـ . أقول : في قوله والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر ، إذ قد مرّ آنفا أن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، فكيف يكون من الإسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة ، وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لأن قوله دارى لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى)قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وعند أبي يوسف جائزة ، لأن قوله دارى لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد ، لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقبى مأخوذا من المراقبة ، وإن كان مأخوذا من الإرقاب فكأنه قال رقبة دارى لك فصار كالعمرى انتهى . أقول : في الصورة الثانية بحث ، إذ على تقدير أن يكون معنى قوله دارى لك رقبى عندكون الرقبى مأخوذ من الرقبة رقبة دارى لك لايثبت قوله ، وقوله رقبى شرط فاسد إذ لافساد لأن يقال رقبة دارى لك في شيء كما ترى ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لايخفى (قوله ولأن معنى الرقبى عندهما إن متّ قبلك فهولك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية : يشير إلى أن أبا يوسف قال بجوازها لابهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا . وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد ، وإبداع الشيء في اللغة بعد استقرارها

وقال بعضهم : يجب أن يرده في مجلس الإبراء والهبة . وقوله(بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة مالا يحلف بها : أي لايقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها . ومنها مايحلف بها (كالطلاق والعتاق) وغيرهما (والعمرى) وهو أن يجعل داره لشخص عمره ، فإذا مات تردّ عليه (جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا) « أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى » (والشرط) وهوقوله فإذا مات تردّ عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعمر ، وبطلانه لايؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله دارى لك هبة(والرقبى)وهو أن يقول الرجل لغيره دارى لك رقبى (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لاتفيد ملك الرقبة ، وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أيّ وقت شاء لأنه تضمن إطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله دارى لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد)لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وإن كان مأخوذا من الإرقاب فكأنه قال : رقبة دارى لك فصار كالعمرى(ولهما) ماروى الشعبي عن شريح (« أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وردّ الرقبى » ولأن معنى الرقبى عندهما أن يقول : إن متّ قبلك فهولك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا) وقوله لأن معنى الرقبى عندهما يشير إلى أن أبا يوسف قال

(قوله فيكون قوله دارى لك هبة) أقول : قوله هبة خبر يكون (قوله وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع الخ) أقول : فيه بحث ، والظاهر للمعير .

(فصل فى الصدقة)

قال (والصدقة كالهبة لاتصح إلا بالقبض) لأنه تبرّع كالهبة (فلا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة) لما بينا فى الهبة (ولا رجوع فى الصدقة) لأن المقصود هو الثواب وقد حصل ، وكذا إذا تصدق على غنى استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنىّ الثواب ، وكذا إذا وهب الفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل .

لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن ، إلى هنا كلامه . أقول : لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور إلى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ، ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد ، بل مراده بذلك مانبه عليه صاحب الكافى وجمهور الشراح بقولهم : وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة . فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب فى الرجوع ، فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما فى العمرى . وقالا : المراقبة فى نفس التمليك لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول : أراقب موتك وتراقب موتى فإن متّ قبلك فهى لك وإن متّ قبلى فهى لى ، فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل ، انتهى قولهم . فعلى هذا لايتجه عليه أصلا ماذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى . ثم إن صاحب غاية البيان قال فى هذا المقام : وعندى قول أبى يوسف أصح ، إذ غاية ما فى الباب أن يقال الشرط فاسد ، ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لأن الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة كما فى العمرى انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الهبة إنما لاتبطل بالشروط الفاسدة إذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء ، وأما إذا منع ذلك فلا مجال لأن لاتبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك ، وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما إياها كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ماذكره صاحب الكافى حيث قال : وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ، ولو قال دارى لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند محمد

بجوازها لا بهذا التفسير ، بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا . وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد ، وإبداع الشىء فى اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن . فإن قيل : فما جوابهما عن حديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى ؟ أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فأجاب بجوازه ، والله تعالى أعلم .

(فصل فى الصدقة)

لما كانت الصدقة تشارك الهبة فى الشروط وتخالفها فى الحكم ذكرها فى كتاب الهبة وجعل لها فصلا . قال (الصدقة كالهبة) الصدقة لاتتم إلا مقبوضة لأنها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا ، لما بينا فى الهبة أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ، ولا رجوع فيها لأن المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها ، وفيه تأمل فإن حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله . ويمكن أن يقال : المراد به حصول الوعد بالثواب فإذا تصدق

(فصل فى الصدقة)

(قوله فإن حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول : كان يكفى فى الإيراد أن يقال حصول الثواب إنما هو فى الآخرة ، فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لأن الله تعالى لايخلف الميعاد .

(ومن نذر أن يتصدّق بماله يتصدّق بجنس مايجب فيه الزكاة . ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) ويروى أنه والأول سواء ، وقد ذكرنا الفرق . ووجه الروايتين فى مسائل القضاء (ويقال له أمسك ماتنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب ، فإذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل .

(كتاب الإجارات)

وأبى حنيفة خلافا لأبى يوسف . والأصل أن الشرط فى الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة . وإن كان لايمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط ، ثم تفسير العمرى أن يقول : جعلت هذه الدار لك عمرك فإذا متّ فهى ردّ علىّ فيصح الهبة ، لأن هذا الشرط لايمنع أصل التمليك . وتفسير الحبيس أن يقول : هى حبيس عندى ، فإن مت فهى لك . وتفسير الرقبى أن يقول : هذه الدار لآخرنا موتا ، وهى من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول : أراقب موتك وتراقب موتى فإن متّ فهى لك وإن متّ فهى لى فهى باطلة ، لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال ، إلى هنا كلامه فاضمحلّ ماقاله صاحب العناية .

(كتاب الإجارات)

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الإجارة ، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع ، ولأن فى الأولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود . ثم لعقد الإجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث أنهما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الإجارات متصلا بفصل الصدقة ، كذا

على غنىّ بطل الرجوع استحسانا . وفى القياس له الرجوع لأن الغرض ثمة حصول العوض . ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنىّ قد يراد بها الثواب ، وإذا وهب لفقير فكذلك لأن المقصود الثواب وقد حصل ، وعن هذا ذهب بعض أصحابنا إلى أن الهبة والصدقة على الغنىّ سواء فى جواز الرجوع ، كما أنهما سواء فى حق الفقير فى عدمه ، ولكن العامة قالوا : فى ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض ، والتصدق على الغنى لاينافى القربة (قوله ومن نذر أن يتصدق بماله الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها فى مسائل القضاء فلا يحتاج إلى الإعادة هاهنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

(كتاب الإجارات)

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الإجارة ، وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع ، وسنذكر معنى الإجارة لغة وشريعة ، وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد ، فإن لها نوعين : نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضى والدوابّ . ونوع يرد على العمل

(كتاب الإجارات)

(قوله وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع) أقول : والعدم أيضا مقدم على الوجود ، وأيضا تجرى الهبة من الإجارة مجرى المفرد من المركب حيث لايشترط فيها العوض أو حيث تلزم هى دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول : الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الأعيان) أقول : أى المنافع التى ليست من الأعمال .

(الإجارة عقد على المنافع بعوض)

فى الشروح . قال صاحب العناية : وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد . فإن لها نوعين : نوع يرد على منافع الأعيان كاستئجار الدور والأراضى والدوابّ ، ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما اه. أقول : فيه اختلال ، لأنه إن أراد بالأفراد فى قوله ذات أفراد الأشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الأفراد لم تحصل فائدة فى جمعها ، إذ لا يحتمل عند أحد أن يكون لحقيقتها فرد واحد شخصى أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للإشارة إلى أنها ذات أفراد كثيرة . على أن قوله فإن لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى . وإن أراد بالأفراد فى قوله المزبور الأنواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فإن لها نوعين الخ ، إذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح إيرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة . وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغى أن يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذى هو علم فى التحقيق . فالحق عندى أن يقال : إنما جمعها إشارة إلى أن لها أنواعا مختلفة : نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى ، ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته . ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام إلى موضع معلوم. وهذه الأنواع الثلاثة هى التى أشير إليها فى الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين ، والإشارة على ما سيأتى تفصيلها عن قريب (قوله الإجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء : ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح ، فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله ، إلا أن يقال : المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل اه كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الأمر ، فإن النكاح أيضا تمليك قطعا لا استباحة محضة ، وإلا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز ، وقد أفصحوا عن هذا فى أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح فى الشرع فى عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة ، وقالوا : المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة أنه اختص به انتفاعا وحجرا . وقالوا : لا ينعقد النكاح بلفظ الإباحة والإحلال لأنه ليس بسبب ملك المتعة . وما ذكره الزيلعى هاهنا فى شرحه للكنز من أن النكاح ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه فى كتاب النكاح من أن النكاح تمليك ، حتى أن صاحب الكنز نفسه أيضا صرّح فى أول النكاح بأنه عقد يرد على تمليك المتعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من أن الاعتياض لا يجوز فى الإباحة ، فإن من أباح شيئا فإنما يتلفه على ملك المبيح ، فلم يكن ذلك مما يعتدّ به ويلتفت إليه . والعجب أن ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور : ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة

كاستئجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما . ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل ، فإن كل أحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وإبل تحمل أثقاله إلى بلد لم يكن يبلغه إلا بمشقة النفس . وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها . وأما شرطها فعلومية البدلين . وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من الألفاظ الموضوعة لعقد الإجارة . وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر إن شاء الله تعالى . قال (الإجارة عقد على المنافع بعوض الخ) بين المفهوم الشرعى

(قال المصنف : الإجارة عقد على المنافع بعوض) أقول : ولو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فإنه ليس بتمليك وإنما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعى ، بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله ، إلا أن يقال : المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل . ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعى من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو إباحة مخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الإباحة فتدبر . ثم أقول : لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصدا إلى تعميم التعريف للإجارة الفاسدة ، على أن من قيد إن أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الأصلى ، وإن عمم فلا حاجة إلى التقييد .

لأن الإجارة فى اللغة بيع المنافع ،

مخالف لما سبق فى أوائل كتاب النكاح من أنه سبب لملك المتعة ولهذا لاينعقدبلفظ الإباحة اه . ولايخفى أن بين كلاميه تدافعا . فإن مدار الأول صحة ماذكره الزيلعى ، ومقتضى الثانى عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق . ثم أقول : يمكن أن يقال فى دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح أن المصنف قال فى أوائل كتاب النكاح : ولا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة فى الصحيح لأنه ليس بسبب لملك المتعة . وقال صاحب الكافى والشراح هناك : وعن الكرخى أنه ينعقد بلفظ الإجارة لأن المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة ، وقد سمى الله تعالى العوض فى النكاح أجرا بقوله تعالى ـ فآتوهن أجورهن ـ وهو يشعر بأنه مشاكل للإجارة . ولنا أن المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لاينعقد إلا مؤبدا . والإجارة لاتنعقد إلا مؤقتة فبينهما منافاة فأنى تصح الاستعارة ؟ انتهى كلامهم . فإذا كان المملوك بالنكاح فى حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الإجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الإجارة بأنها عقد على المنافع بعوض،أو بأنها تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل تقف . وقال فى غاية البيان : وينبغى أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لأن التوقيت يبطله اه . أقول : وهذا أيضا ليس بسديد ، إذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الإجارات كما يخرج النكاح ، فإنهم صرحوا بأن المنافع فى الإجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرض للزراعة ، وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ، وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم ، وتعيين المدة إنما يجب فى القسم الأول من تلك الأقسام الثلاثة دون القسمين الأخيرين منها ، فتخرج الإجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الإجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا (قوله لأن الإجارة فى اللغة بيع المنافع) قال الشارح العينى : قيل فيه نظر ، لأن الإجارة اسم للأجرة وهى ما أعطيت من كراء الأجير كما صرحوا به . قلت : قد بينت لك عن قريب أن الإجارة يجوز أن تكون مصدرا فيستقيم الكلام . اه . أقول : النظر المزبور ظاهر الورود ، لأن المذكور فى كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر ، وإنما الذى هو بيع المنافع الإيجار ، وقد كان هذا خطر ببالى حتى كتبته فى مسوداتى من تلقاء نفسى قبل أن أرى ماكتبه غيرى . وأما الجواب الذى ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشىء ، لأن مراده بقوله قد بينت لك الخ ماذكره فى صدر كتاب الإجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع إجارة على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة ، من أجره إذا أعطاه أجره ، ولا يذهب عليك أن ذلك لايجدى شيئا فى الجواب عن النظر المزبور . إذ قد تقرر فى علم الأدب أن مصدر الثلاثى سماعى لا قياس فيه ، فكون الكتابة مصدرا من كتب لايقتضى كون الإجارة أيضا مصدرا من أجر ، فإن الكتابة سمعت مصدرا من كتب ، وأما الإجارة فلم تسمع مصدرا قط ، والكلام فيما سمع من أهل اللغة لافى الاحتمال العقلى ، على أنه لو سلم مجىء الإجارة فى اللغة مصدرا من أجره إذا أعطاه أجره كمجىء الأجر مصدرا منه لم يستقم الكلام أيضا،إذ لاتكون

قبل اللغوى لأن اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها،فالشرعى أولى بالتقديم . ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهى غير موجودة فى الحال لم يقتض القياس جوازها ، إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر ، ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره فى الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد .وقوله عليه الصلاة والسلام «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره »فيه وزيادة

(قال المصنف : لأن الإجارة فى اللغة بيع المنافع) أقول : فيه بحث . أما أولا فلأنه لابد من ضميمة لهذا التعليل حتى يتم ،كأن يقال : ولم يثبت نقله فى الشرع إلى معنى آخر . وأما ثانيا فلأنه مخالف لما فى كتب اللغة كالمغرب وغيره أنها اسم للأجرة (قوله لأن اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة) أقول : فيه بحث (قوله فالشرعى أولى بالتقديم) أقول : فيه بحث .

والقياس يأبى جوازه لأن المعقود عليه المنفعة وهى معدومة ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لايصح إلا أنا جوّزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهوقوله عليه الصلاة والسلام «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه » وقوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول .

الإجارة حينئذ أيضا فى اللغة بيع المنافع بل تكون إعطاء الأجر ، وقد قال المصنف : إن الإجارة فى اللغة بيع المنافع فلا استقامة ، ثم إن صاحب العناية قال هاهنا : بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لأن اللغوى هو الشرعى بلا مخالفة وهو فى بيان شرعيتها فالشرعى أولى بالتقديم اهـ . أقول : فيه بحث ، لأن كون المفهوم الشرعى أولى بالتقديم بناء على أنه فى بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى فى جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى أو مخالفا له، مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الأصل المتقدم، فالوجه عندى هاهنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة فى الشرع عقدا على المنافع بعوض ، ولكن طوى الصغرى فكأنه قال : لأن معنى الإجارة فى الشرع هو معناها فى اللغة . ومعناها فى اللغة بيع المنافع . ولا يخفى أن هذا المسلك يقتضى تقديم مفهومها الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل ، تدبر فإنه وجه حسن (قوله إلا أنا جوّزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر اهـ . أقول : فى تقريره قصور ، إذ المتبادر من قوله إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالأثر، ومن قوله فكان استحسانا بالأثر أن ينحصر دليل شرعيتها فى الأثر وإلا لم تكن فائدة فى ذكر قيد الأثر فى الموضعين ، وليس ذلك بمنحصر فى الأثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى ـ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ـ وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام ـ أريد أن أنكحك إحدى ابنتىّ هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج ـ وكذا إجماع الأمة أيضا دليل عليها كما ذكر فى الكافى وغيره ، بخلاف تقرير المصنف كما لايخفى على الفطن المتأمل (قوله وهى قوله عليه الصلاة والسلام « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه ») قال الشراح : فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحته . أقول : لقائل أن يقول : سيأتى فى باب الإجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل ،إذ لاشك أن الواجب الشرعى مأمور بإعطائه من قبل الشرع ، فلم يكن الأمر بإعطائه الأجر دليل صحة العقد ، اللهم إلا أن يقال : وقع الأمر فى الحديث المذكور بإعطاء الأجر المضاف إلى الأجير حيث قال « أعطوا الأجير أجره ».وذلك يفيد كون المراد بالأجر المأمور بإعطائه الأجر المسمى للأجير دون أجر المثل مطلقا ، والأمر بإعطاء الأجر المسمى للأجير لايتصوّر إلا فى الإجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء : لابد أن يتأمل فى هذا

بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها (وتنعقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) لأنها هى المعقود عليه ، فالملك فى البدلين أيضا يقع ساعة فساعة لأن المعاوضة تقتضى التساوى ،والملك فى المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فى بدلها وهو الأجرة . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها ، وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر . أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) إلزاما للعقد فى المقدار المعين ، .

(قال المصنف : والقياس يأبى جوازه) أقول : ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة باعتبار أنها عقد (. قال المصنف : وقد شهدت بصحتها الآثار وهو النخ) أقول : هو راجع إلى الأثر أو الآثار والتذكير باعتبار الخبر (. قال المصنف : وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة النخ) أقول : لابد أن يتأمل فى هذا المقام ، فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب ، فإذا حصل.

ثم عمله يظهر فى حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة. (ولاتصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة) لما روينا ، ولأن الجهالة فى المعقود عليه وبدله تفضى إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع (وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الإجارة) لأن الأجرة ثمن المنفعة ، فتعتبر بثمن المبيع.

المقام ، فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب ، فإذا حصل الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد ، فأىّ معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه . أقول : جواب هذا الإشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان هاهنا حيث قال : والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة فى كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك ، والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة ، لأن الحكم قابل للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار . وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال : اللفظان الصادران منهما مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما ، إذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الإيجاب ، ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا لكلاميهما شرعا ، والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية ، فإنه يجوز أن تنفك عن معلولاتها ، فجاز أن يقال : العقد وجد وأنه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة ، بخلاف العلل العقلية . فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر ، إلى هنا كلام صاحب الغاية . فكأن ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام أو لم يقنع به ، وكلاهما مما لا ينبغى كما لا يخفى . ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر فى الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها ، وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر . أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول إلزاما للعقد فى المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العينى . أقول : فيه نظر لأنه إن تحقق انعقاد العقد فى ذلك المقدار المعين كله بمجرد إقامة الدار مقام المنفعة فى حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع ، إذ يلزم حينئذ أن تنعقد فى الساعة الأولى وهى ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر ، وإن لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الإقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ، ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن ذلك السؤال ، بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى ، فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله المذكور الجواب عن السؤال المزبور ، بل مراده به توجيه صحة العقد

(ثم يظهر عمل العقد وأثره فى حق المنفعة) يعنى يتراخى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكا واستحقاقا) يعنى يثبتان معا (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين ، فإن الملك فى المبيع يثبت فى الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن ، وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما فى البيع بشرط الخيار (ولا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره» فإنه كما يدل بعبارته على كون معلومية الأجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع ، لأن المعقود عليه فى الإجارة هو المنافع وهو الأصل ، والمعقود به وهو الأجرة كالتبع كالثمن فى البيع ، فإذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الأصل أولى بذلك (ولأن الجهالة فى المعقود عليه وبدله تفضى إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن فى البيع) وهو واضح ، وما صلح أن يكون ثمنا فى البيع صلح

الارتباط بإقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك ؟ (قال المصنف : وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة فى الإجارة) أقول : قال فى المحيط البرهانى : الأصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمنا فى البياعات يصلح أن يكون أجرة فى الإجارات ، وما لا يصلح أن يكون ثمنا فى البياعات لا يصلح أن يكون أجرة فى الإجارات ، إلا المنفعة فإنها تصلح أن تكون أجرة إذا

وما لايصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان .

فى المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل فى الكافى وسائر الشروح ، سيما فى غاية البيان فإنه قال فيها : بيان ماقلنا هو أن العقد لابد له من محل ، لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لاتصح بلا محل . ولهذا قال الفقهاء : المحال شروط ، ومحل العقد هنا هى المنافع وهى معدومة ، ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد بإقامتها مقام المنافع التى ستوجد ، لأن الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة فى إفادة الحكم وهو ملك المنافع التى ستوجد انتهى فتدبر (قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان) أى كالأعيان التى ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلا ، فإنها إذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما إذا استأجر دارا بثوب معين وإن كان لايصلح ثمنا ، لما تقرر فى البيوع أن الأموال ثلاثة : ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالأعيان التى ليست من ذوات الأمثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات ، كذا فى الشروح . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين ، فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين ، فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا ، إلى هنا كلامه . أقول : لا النظر شىء ولا الجواب . أما النظر فلأن مراد المصنف بالثمن هاهنا مايجب فى الذمة ، وعن هذا ترى صاحب الكافى وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لأن الأجرة عوض مالى فيعتمد وجود المال . وأما الثمن فهو مايجب فى الذمة فيختص بما يثبت فى الذمة . ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال : إن الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة ، ولا شك فى عدم صلاحية الأعيان التى ليست من ذوات الأمثال لأن تكون ثمنا بهذا المعنى ، ولا فى عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى ، ألا يرى أن الشارح المذكور نفسه قال فى أول كتاب البيوع : وأنواع البيع أربعة : بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة ، وبيعها بالدين أعنى الثمن ، وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف ، وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى . حيث جعل الدين مقابلا للعين ، وفسر الدين بالثمن ، وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة مالاثمن فيه أصلا . نعم للثمن معنى آخر وهو مايكون عوضا عن المبيع ، نص عليه فى المغرب وغيره ، وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذى لايتحقق البيع بدونه ، ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ، ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن فى قوله وما لايصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان ، فلا يرد النظر المزبور عليه جدا . وأما الجواب فلأنه من ضيق العطن إذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذى ذكره المصنف وحاشا له . ثم أقول : بقى هاهنا شىء ، وهو أن لقائل أن يقول لاشك أن مراد المصنف بالثمن فى قوله وما لايصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا هو مايجب فى الذمة وأن تمثيله مالا يصلح ثمنا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد ،

أن يكون أجرة ، لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وليس كل ما يصلح ثمنا لايصلح أجرة ، لأن بعض مالايصلح ثمنا كالأعيان التى هى ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلا إذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة ، كما إذا استأجر دارا بثوب معين وإن كان لايصلح ثمنا ، وفيه نظر فإن المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين ، فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين ، فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فإنها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا

اختلف الجنس ولاتصلح ثمنا انتهى . وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف (قوله كالحيوان والثياب مثلا) أقول : قال فى المحيط البرهانى فى الفصل الأول من الإجارات : وإذا كانت الأجرة عروضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم وفى هذا كله إذا كانت الأجرة عينا فإعلامه بالإشارة ، وإذا كانت الأجرة حيوانا لايجوز إلا إذا كانت عينا انتهى (قوله أو ثيابا) يعنى بالثياب ما ليس له مثل كما علم من

فهذا اللفظ لاينفى صلاحية غيره لأنه عوض مالى (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أىّ مدة كانت) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما إذا كانت المنفعة لاتتفاوت . وقوله أىّ مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة إليها عسى ،

إلا أنه لم يحمل الثمن الواقع فى لفظ القدورى وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز أن يكون أجرة على المعنى الذى يعم الدين والعين ، وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعى الثمن الواقع فى قول صاحب الكنز ، وما صح ثمنا صح أجرة على ذلك المعنى الأعم ، مع أن ماذكره المصنف فى تعليل مسئلة القدورى بقوله لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يتحمل التعميم لصورتى الدين والعين كما ترى . ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن فى عرف الفقهاء هو معنى مايجب فى الذمة وكان لفظ القدورى غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضا فإن مالايجوز أن يكون ثمنا فى البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فإنها لاتصلح ثمنا فى البيع أصلا وتصلح أجرة فيما إذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به . حمل المصنف لفظ الثمن الواقع فى مسئلة القدورى على ما هو المتبادر منه وقال : تتميما لهاتيك المسئلة وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان ، كما قال الشيخ أبو نصر البغدادى فى شرح مختصر القدورى ، وهذا الذى ذكره ليس على وجه الحدّ وأنه لايجوز غيره ، يبين ذلك أن الأعيان لاتكون أثمانا وتكون أجرة ، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب ، إلى هنا لفظه . ولكن الإنصاف أن المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر فى تمثيل ما لايصلح ثمنا ويصلح أجرة ، فإن كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الأعيان منه ، وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدورى ، بخلاف كون الأعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لأنه عوض مالى) أى لأن الأجرة على تأويل الأجر عوض مالى فيعتمد وجود المال والأعيان مال فتصح أن تكون أجرة ؛ كذا فى النهاية وغيرها . وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال . ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التى تجب فى الذمة ، بخلاف الأجرة ، إلى هنا كلامه . أقول :

تصلح ثمنا أصلا (قوله فهذا اللفظ)يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع الخ(لاينفى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالى) فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة . ولقائل أن يقول : الثمن عوض مالى الخ ، ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التى تجب فى الذمة بخلاف الأجرة . قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لابد وأن تكون معلومة فى الإجارة فلابد من بيان ماتكون به معلومة ، فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضى للزراعة مدة معلومة وكائنة ما كانت ، لأن المدة إذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فتصح إذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها . فإن مايزرع فيها متفاوت ، فإذا لم يعين أفضى إلى النزاع المفسد للعقد . ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا إذا كانت بحيث يعيش إليها العاقدان ، لأن الحاجة التى جوّزت الإجارة لها قد تمسّ إلى ذلك ، وهى مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل فى البيع ، وأما إذا كانت بحيث لايعيش إليها أحد المتعاقدين فمنعه بعضهم لأن الظن فى ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة والظن مثل التيقن فى حق الأحكام فصارت الإجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها . وجوّزه آخرون منهم الخصاف لأن العبرة فى هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لأنه قد يتحقق

تقرير الشارح (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب فى الذمة) أقول : فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما إذا باع الدار بالدار إذ لايجب العقار فى الذمة كما لايخفى .

إلا أن فى الأوقاف لاتجوز الإجارة الطويلة كى لايدعى المستأجر ملكها وهى ما زاد على ثلاث سنين هو المختار . قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها) لأنه إذا بيّن الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ،

ولقائل أن يقول : إذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب فى الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف فى تعليل مسئلة القدورى . فإن قيل : إن المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة . قلنا : فلقائل أن يقول إذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع فى أن يكون أحدهما مشروطا بشىء دون الآخر ، فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل . وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذى ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : فيلزم خلوّ البيع عن الثمن فيما إذا بيع الدار بالدار ، إذ لايجب العقار فى الذمة كما لايخفى اه . أقول : إن كان مراده بهذا الكلام مجرد إلزام صاحب العناية بناء على ما قاله فى نظره السابق من أنه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه ، وإن كان مراده به إيراد إشكال على ذلك الجواب فى الحقيقة فليس بصحيح ، إذ اللازم من الجواب المذكور خلوّ البيع عن الثمن بمعنى ما يجب فى الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا خلوّه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع فى تلك الصورة ، والمحذور خلوّه عن الثمن بالمعنى الثانى دون المعنى الأول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الإجارة ، كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى . وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك : وفى بعض نسخ المختصر : وتارة تصير معلومة بالتسمية . أقول : لعل الصواب هذه النسخة ، لأن المنافع لاتصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط ، بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره فى استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة فى استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة فى استئجار رجل دابة للحمل أو الركوب على ما أشار المصنف إلى ذلك كله حيث قال : لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد ، فكما أن المنافع لاتصير معلومة فى النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة فى النوع السابق ببيان المدة وفى النوع اللاحق بالتعيين والإشارة ، كذلك لاتصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط ، بل إنما تصير معلومة فيه بتسمية مالابد منه من الأمور اللازمة البيان كما أشير إلى بعضها فى الأمثلة المذكورة ، فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة فى هذا النوع إلى نفس العقد وجه ظاهر . وعن هذا لاترى عبارة بنفسه مذكورة فى شىء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح ، وإنما المذكور فى سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع فى الكنز والمختار ، أو بذكر العمل كما وقع فى الوقاية وبعض المتون (قوله وربما يقال الإجارة

فى مدة يعيش إليها الإنسان غالبا ولم يعتبر ، كما إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة فإنه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وإن كان لايعيش إلى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة (قوله إلا أن فى الأوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله : أىّ مدة كانت ، وإنما لاتجوز فى الأوقاف الإجارة إلى مدة طويلة وهى ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كى لايدعى المستأجر ملكها ، هذا إذا لم يشترط الواقف أن لايؤاجر أكثر من سنة ، وأما إذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك ، فإن كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها . (وتارة تصير معلومة بنفسه) أى بنفس عقد الإجارة كما إذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره ، أو استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة ، أو استأجر دابة للحمل أو الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كما ذكر فى الكتاب .

ور بما يقال: الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط، ولابد أن يكون العمل معلوما وذلك فى الأجير المشترك، وقد تكون عقدا على المنفعة كما فى أجير الوحد، ولا بد من بيان الوقت. قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلا، لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد:

(باب الأجر متى يستحق)

قد تكون عقدا على العمل، إلى قوله: ولابد من بيان الوقت) أقول: فى هذا التقسيم نوع إشكال، إذ قد مرّ فى صدر الكتاب أن الإجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها إلى العقد على العمل وإلى العقد على المنفعة، وهذا يلزم منه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره، اللهم إلا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الإجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الأعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لايخفى. ثم أقول: كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذى ذكره بعض المشايخ كصاحب الأسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور فى نفس الكتاب، وقد وسطه فى البين كما ترى، وكأن صاحب الكافى تنبه لسماجة هذا التحرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث. واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما فى أجير الوحد حيث قال: ولنا فيه نظر لأن إجارة أجير الوحد أيضا عقد على العمل، ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعى الاستئجار على الأعمال كما ذكرناه آنفا، فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اهـ كلامه. أقول: ليس هذا بشيء لأن إجارة أجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الوحد الأجرة بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتى فى الكتاب، ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل إنما هى عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لايتمكن من إيجاب منافعه لغيره، وتعيين العمل فى بعض الصور كرعى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، وسيظهر هذا كله فى باب ضمان الأجير. وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعى الاستئجار على الأعمال لايكون حجة على المصنف. ولو مثل المصنف مايكون عقدا على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون أجير الوحد لفات التنبيه على أن إجارة أجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه، والله أعلم.

(باب الأجر متى يستحق).

قال صاحب النهاية: لما ذكر أن صحة الإجارة موقوفة على أن تكون الأجرة معلومة احتاج إلى بيان وقت وجوبها فذكره، وما يتعلق به من المسائل فى هذا الباب اهـ كلامه. واقتفى أثره فى هذا التوجيه جماعة من الشراح. أقول: لايخفى على ذى فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته، إذ لايستدعى ذكر مجرد أن صحة الإجارة موقوفة على كون الأجرة معلومة بيان وجوبها فضلا عن الاحتياج إلى بيان وقت وجوبها فى باب على حدة، ألا يرى أن معلومية البدلين شرط فى كثير من العقود؛ ولم يحتج فى شيء منها إلى بيان وقت الوجوب فى باب على حدة. وقال صاحب العناية: لما كانت الإجارة تخالف غيرها فى تخلف

(باب الأجر متى يستحق)

لما كانت الإجارة تخالف غيرها فى تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك

(باب الأجر متى يستحق)

(قوله وجب إفرادها) أقول: أى إفراد المخالفة.

قال (الأجرة لاتجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة : إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ،

الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب إفرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه . أقول : فيه شيء وهو أن تخلف الملك عن العقد يوجد فى غيرها أيضا كالهبة فإن الملك لايثبت هناك أيضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر ، وكالوصية فإن الملك هناك أيضا يتأخر إلى وقت الموت فلا يتم القول بأن الإجارة تخالف غيرها فى تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط . ثم أقول : الأظهر أن يقال : لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن إفراد باب لبيان استحقاق الأجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الأجرة لاتجب بالعقد) قال تاج الشريعة : أراد وجوب الأداء ، أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد . وقال صاحب الكفاية : المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء ، وبيان ذلك إجمالا وتفصيلا .أما إجمالا فلأن الأجرة لو كانت عبداً فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لايعتق ، فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح إعتاقه كما فى البيع . وأما تفصيلا فلأنه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد فى جانب المعقود عليه لانفس الوجوب ولا وجوب الأداء ، فكذا فى جانب العوض انتهى . وقال صاحب النهاية : الأجرة لاتجب بالعقد : أى لايجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، كذا وجدت بخط شيخى . وذكر فى الذخيرة مايؤيد هذا فقال : يجب أن يعلم أن الأجرة لاتملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل فى الأجرة سواء كانت الأجرة عينا أو دينا ، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى الجامع ، وفى كتاب التحرى . وذكر فى الإجارات أن الأجرة إذا كانت عينا لاتملك بنفس العقد ، وإن كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل ، فعامة المشايخ على أن الصحيح ماذكره فى الجامع وكتاب التحرى . وقال بعضهم : ماذكره فى الإجارات قول محمد أولا ، وما ذكره فى الجامع والتحرى قوله آخرا ، إلى هنا لفظ النهاية . أقول :تأييد ما ذكر فى الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع ،فإنه قال فى الذخيرة : إن الأجرة لاتملك بنفس العقد قبل أن قال : ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل فى الأجرة ،فعلم منه أن الأجرة لاتملك بنفس العقد عندنا كما لايجب أداؤها بنفس العقد فتم ، بخلاف ما فى الكتاب فإنه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الأجرة لاتجب فى العقد ، فلو كان معناه الأجرة لايجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الأجرة لاتملك بمجرد العقد ، إذ لايلزم من عدم وجوب الأداء بمجرد العقدعدم تملكها بمجرده :ألا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا

وما يتعلق به من المسائل . قال (الأجرة لاتجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية :الأجرة لاتجب بالعقد،معناه لايجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، وليس بواضح لأن نفى وجوب التسليم لايستلزم نفى التملك كالمبيع فإنه يملكه المشترى بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال : معناه لاتملك لأن محمدا ذكر فى الجامع أن الأجرة لاتملك ، ومالايملك لايجب إيفاؤه . فإن قلت : فإذا لم يستلزم نفى الوجوب نفى التملك كان أعم منه ، وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم عليه أصلا . قلت : أخرج الكلام مخرج الغالب ،وهو أن تكون الأجرة مما يثبت فى الذمة ،ونفى الوجوب فيهاوهو يستلزم

(قال المصنف : الأجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول: قال فى الوقاية : ولا تجب الأجرة بالعقد بل بتعجيلها انتهى . قال صدر الشريعة فى شرحه: فإن المستأجر إذا عجل الأجرة فالمعجل هو الأجرة الواجبة ، بمعنى أنه لايكون له حق الاسترداد انتهى . وفى الفصل الثانى من إجارات المحيط البرهانى : يجب أن يعلم أن الأجرة لاتملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل فى الأجرة سواء كانت الأجرة عينا أو دينا ، هكذا ذكر محمد فى الجامع وفى كتاب التحرى . وذكر فى الإجارات أن الأجرة إذاكانت عينا لاتملك بنفس العقد ، وإذا كانت دينا تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل ، عامة المشايخ على أن الصحيح ماذكر فى الجامع وكتاب التحرى ، وبعضهم قالوا ما ذكر فى الإجارات قول محمد أولا ، وما ذكر فى الجامع والتحرى قوله آخرا انتهى . (قوله فإن قلت : فإذا لم يستلزم نفى الوجوب نفى التملك كان أعم منه) أقول : الظاهر أن مراده العموم من وجه لوجود نفى التملك بدون وجوب التسليم فى العين المستأجرة بلا شرط التعجيل فإنها واجبة التسليم ولاتملك كما لايخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول :الشيوع لأيهما (قوله لعدم دلالة الأعم عليه أصلا) أقول : إن أراد أنه لايدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد ، وإن أراد أنه لا يدل بقرينة فممنوع ، وإن شئت فراجع كتب علم البيان خصوصا المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفى التملك لا محالة) أقول : ممنوع ، فإن فى صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب .

أو باستيفاء المعقود عليه) وقال الشافعي : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل . ولنا أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بيّنا والعقد معاوضة ، ومن قضيّتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي

خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر إلى حلول الأجل ، فإذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ماهو المذهب عندنا فلزم أن لايتم . وقال صاحب العناية : قال صاحب النهاية : الأجرة لاتجب بالعقد معناه لايجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لايستلزم نفي التملك كالمبيع فإنه يملكه المشترى بمجرد العقد ولا يجب تسليمه مالم يقبض الثمن.والصواب أن يقال : معناه لاتملك لأن محمدا ذكر في الجامع أن الأجرة لاتملك وما لا يملك لم يجب إيفاؤه . وقال : فإن قلت:فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه ، وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم على الأخص أصلا . قلت : أخرج الكلام مخرج الغالب ، وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه . أقول : لا السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأن ذكر الأعم وإرادة الأخص إنما ليس بمجاز شائع إذا لم تتحقق قرينة مخصصة ، وأما إذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد ، وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على إرادة الأخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد : يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا . وأما الثاني فلأنه إن أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله . والصواب أن يقال : معناه لاتملك وإنما مورد السؤال ذلك، وإن أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج إلى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الأجرة مما يثبت في الذمة ،لأن الأجرة كلها سواء كانت عينا أو دينا مما يملك،وإذا كان مايثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع أنواع الأجرة،ولا يختص بماهو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج إلى أن يقال : أخرج الكلام مخرج الغالب ، على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لامحالة ممنوع ، فإن العين مما لايجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعا . وقال بعضهم : فإن في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل (قوله وقال الشافعي : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودةحكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل) قال صاحب العناية

نفي التملك لا محالة ، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله . وقال الشافعي : تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا ، واستدل الشافعي بقوله لأن المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة ، وإذاكانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل . فإن قيل: الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة

(قوله وقال الشافعي : تملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحدا) أقول : ولك أن تقول : ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ، ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا ، فإن المراد بنفس العقد العقد الخالي عن المعاني الثلاثة ، وبتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر يجب تسليم الأجرة للمؤجر عند الشافعي فليتأمل .وفي شرح الحاوي للفتوى : اعلم أن الأجرة إذا كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في أنها إن شرط فيها التأجيل والتنجيم كانت مؤجلة أومنجمة،وإن شرط فيها التعجيل كانت معجلة،وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضا وملك جميعها المكرى بنفس العقد واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر لأنه عوض في معاوضة يتعجل بشرط التعجيل ،فيتعجل عند الإطلاق كالثمن انتهى . (قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع) أقول : ممنوع ، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه .

فى البدل الآخر . وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك فى الأجر لتحقق التسوية . وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل ، لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله

فى حل هذا المحل: واستدل الشافعى بقوله لأن المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الإجارة بأجرة مؤجلة، ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لامحالة، وإذاكانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى . وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع ، فإن انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى . أقول : هذا الإيراد ساقط ،لأن المنافع المعدومة إذا جعلت موجودة فى حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه ، لأن الشرع إنما يجعلها موجودة لأجل أن يترتب عليه ذلك الحكم، فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغو جعل الشرع إياها موجودة وهذا خلف. وعن هذا قالوا : وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة فى الرحم ولا حياة فيها كالحىّ حكما فى حق الإرث والعتق والوصية على ماذكر فى الكافى وعامة الشروح . نعم يرد على استدلال الشافعى كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير إليه فى عامة المعتبرات ، وهو أن جعل المعدوم موجودا فى الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه، وفيما نحن فيه لاتدعو الضرورة إليه لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو إقامة العين التى هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة فى حق صحة الإيجاب والقبول، ثم انعقاد العقد فى حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع فى الشرع ،كإقامة السفر مقام المشقة وإقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل :الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك.فالجواب أن الضرورى إذا ثبت يستتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى. أقول : فى الجواب بحث، لأنه إذا أراد أن إفادة الملك فى الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع ، كيف وقد تقرّر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فإن الملك فيه يتراخى إلى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد، وإن أراد أن إفادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم ، لكن هذا لايفيد مدعى الشافعى، فإن مدعاه أن الأجرة تملك فى الحال . والجواب المزبور إنما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب . واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال :إن أراد أن إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيده،وإن أراد أنها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى. أقول : ماذكره فى كل من شقى ترديده ليس بسديد . أما الأول فلأنه سلم كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن إفادة الملك فى الحال كما هو مدعى الشافعى ليس من لوازم الوجود حقيقة ؛ ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لايفيد الملك فى الحال كما مر . وأما الثانى فلأن الوجود الحكمى لايكاد أن يخالف الوجود الحقيقى فى اللوازم الشرعية وإلا لم تحصل فائدة فى جعل الشرع الوجود الاعتبارى فى حكم الوجود الحقيقى، فلما سلم أوّلا كون إفادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما أيضا،فالوجه الوجيه فى الترديد وفى المنع والتسليم ماذكرناه من قبل (قوله وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله) قال فى العناية: واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد، وفيه نفع لأحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد . والجواب أنه يخالف مقتضى

العقد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضرورى إذا ثبت يستتبع لوازمه ؛ وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد . ولنا أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا ، والعقد : أى عقد الإجارة معاوضة بلا خلاف ، ومن قضية عقد المعاوضة المساواة . فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل وهو الأجر تحقيقا للمساواة . وإذا استوفى المنفعة

(قوله وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول: إن أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولايفيده ،وإن أراد من لوازم الوجود ولو حكما

. . . .

العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة ، والأول مسلم ، وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره ، والثانى ممنوع ، فإن تعجيل البدل واشتراطه لايخالفه من حيث المعاوضة انتهى . أقول : فى الجواب نظر ، أما أولا فلأن حيثية كونه إجارة هى حيثية كونه معاوضة مخصوصة ، فما يخالف مقتضى العقد من إحدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الأخرى فما معنى قوله والأول مسلم والثانى ممنوع وهلا يستلزم تسليم الأول تسليم الثانى ومنع الثانى منع الأول . فإن قيل : مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة مّا مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين . قلنا : فيلزم أن تكون صحة اشتراط العجيل فى عقد الإجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه إجارة . ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لايخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل ، على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطا التعجيل فى عقد الإجارة من حيث أنه إجارة لم يفسد العقد قطعا . وأما ثانيا فلأن قوله فإن تعجيل البدل واشتراطه لايخالفه من حيث المعاوضة غير تام ، فإن من قضية المعاوضة المساواة ، وبشرط تعجيل الأجرة قبل ثبوت الملك فى المعقود عليه تفوت المساواة كما لايخفى . والأولى

يثبت الملك فى الأجر لذلك . وكذا اذا شرط التعجيل أو عجل بلا شرط ، لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله . واعترض بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، وله مطالب فيفسد العقد به . والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة ، والأول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره ، والثانى ممنوع . فإن تعجيل البدل واشتراطه لايخالفه من حيث المعاوضة . وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ، ولولا الملك لما صحت . وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ممنوعة ، وجوّزه محمد لأن العقد سبب فى جانب الأجرة إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به ، وعدم الانعقاد فى جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى الأجرة فظهر الانعقاد فى حقه ، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب ، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن ، لأن موجبه ثبوت يد الاستيفاء ، واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به . والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين ، لأن الدين ما يكون فى الذمة والمنافع ليست كذلك ، على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين ، وهذا طريق سائغ شائع لكونه إقامة السبب مقام المسبب ، وأما جعل

فغير مسلم (قوله فإن تعجيل البدل واشتراطه لايخالفه) أقول : فيه بحث ، وكيف لايخالفه وقضيتها المساواة ، وظاهر أن شرط التعجيل قبل ثبوت الملك فى البدل الآخر يفوت المساواة . نعم يطلق شرط التعجيل لاينافيها ، ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول : كما فى البيع (قوله لأن العقد سبب الخ) أقول : قال صاحب البدائع : ولأن الإبراء لايصح إلا بالقبول ، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ، ولا صحة إلا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم فقال أعتقت انتهى . وفيه بحث ، فإنه لايتوقف على القبول كما مر فى أواخر الهبة ، إلا أن يراد بالقبول مّا يعم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد فى حقه) أقول : إن أراد الانعقاد فى حق الحكم فليس بمنعقد فى حق الحكم بإجماع علمائنا ، وإن أراد غيره : فليبين على أنه مخالف لما سبق فى كتاب الإقرار من أن قوله أبرأتنى إقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب) أقول : الإبراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول : هذا مما لايدل عليه من دليل . وفى البزازية تكارى دابة مسماة بغير عينها من كوفة إلى مكة ، ذكر فى الكتاب أنه يجوز ، وذكر شيخ الإسلام ليس تفسيره أن يؤاجر إبلا بغير عينها إلى مكة فإنه لايجوز لأنه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكارى الحمولة ، وقد قال المستأجر احملنى على إبل إلى مكة أو احملنى أو احمل هذه الحمولة ، فيكون المعقود عليه فى الذمة ، ويفتى بالجواز للعرف انتهى . وسيجىء من المصنف فى آخر هذا الباب أن المستحق عمل فى ذمته فراجعه ، إلا أنه ذكر فى الحواشى الجلالية دليل على أن المنفعة لاتكون دينا ، فإنه قال : إن الدين محله الذمة ، وهو لايلتزم المنفعة فى الذمة انتهى ، فتأمل فيه . وقال الإمام الزيلعى : وإنما جاز الاستئجار بالدين لأن العقد لم ينعقد فى حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا فى ذمته فلا يجب بدلها أيضا . وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هى مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا انتهى ، فتأمل فى جميع ما ذكر .

. . . .

فى الجواب ما ذكر فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل فى الإجارة لايخالفه مقتضى العقد ، فإن عقد الإجارة يقتضى التعجيل كالبيع ، إلا أنه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر ، فإذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح . ثم قال صاحب العناية : وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الأجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ، ولولا الملك لما صحت . وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبى حنيفة وأبى يوسف ممنوعة ، وجوّزه محمد لأن العقد سبب فى جانب الأجرة ، إذ اللفظ صالح لإثبات الحكم به ، وعدم الانعقاد فى جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى الأجرة فظهر الانعقاد فى حقه ، ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب ، وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن ، لأن موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه ، فكذا الرهن به انتهى كلامه . أقول : هذا كله مأخوذ من النهاية ، إلا أن التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الإبراء عن الأجرة ليس بسديد ، لأنه كما تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد فى جانب المنفعة وهى كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة فى عدم الانعقاد فى جانب الأجرة أيضا وهى اقتضاء عقد المعاوضة المساواة . وعن هذا قال المصنف : والعقد معاوضة ، ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الآخر ، فلا وجه لقوله ولا ضرورة فى الأجرة فظهر الانعقاد فى حقه ، على أن ذلك التعليل لايتمشى أصلا فيما إذا كانت الأجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المعقود عليه فإنه صحيح بالإجماع على ما صرح به فى عامة المعتبرات ، مع أن كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق فى الجانبين أصلا كما لايخفى . وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال : إن أراد الانعقاد فى حق الحكم فليس بمنعقد فى حق الحكم بإجماع علمائنا ، وإن أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق فى كتاب الإقرار من أن قوله أبرأتنى إقرار بالمال المدعى فليتأمل انتهى كلامه . أقول : قد أخذ أصل إيراده من البدائع وأنه ساقط . أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد فى جواز الإبراء عن الأجرة وجهين . وأجاب عن الثانى بما ذكره ذلك القائل هاهنا حيث قال : وجه قول محمد إن الإبراء لايصح إلا بالقبول ، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك ، فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت ، ولأن الإبراء إسقاط وإسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ، وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنعقد . والجواب أنه إن كان يعنى بالانعقاد الانعقاد فى حق الحكم فهو غير منعقد فى حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا ، وإن كان يعنى به شيئا آخر فهو غير معقول . إلى هنا لفظ البدائع . وأما بيان أنه ساقط فلأنه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد فى حق المتعاقدين لا فى حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال : ومعنى جواز الإجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الأولى ، وانعقاده فى حق الحكم وهو الدرجة الثانية . وقال : ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم فى الحال ، ثم فسر انعقاد العقد فى حق المتعاقدين وانعقاده فى حق الحكم بما لامزيد عليه ، ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الأول من إجارات المحيط البرهانى . وأما ماذكره ذلك المورد فى علاوته من حديث المخالفة لما سبق فى كتاب الإقرار فليس بتام أيضا ، إذ لامخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق . ثم أقول : لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثانى من وجهى قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب هاهنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذى ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا ، وكفى فى إثبات قول محمد رحمه الله : وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد فى جانب الأجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال : إن الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح ، كما اكتفى به فى بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من

المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك

(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لايتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه

تحقق الضرورة فى جانب الأجرة أيضا ، وكفى فى إثبات قول محمد وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف فى السببية ، ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده فى مرتبة السببية ، فإن الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا ، والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية فى جواز انفكاكها عن معلولاتها ، فجاز أن يقال : العقد وجد والانعقاد تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة ، وهذا هو رأى بعض مشايخنا فى تفسير قول أئمتنا إن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية فى صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك . نعم يجوز أن يعتبر العقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد فى حق المتعاقدين دون الانعقاد فى حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا ، لكن الأسلم فى توجيه قول محمد هاهنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد (قوله وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها) قال فى النهاية : هذه المسئلة مقيدة بقيود : أحدها التمكن من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبى أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لايجب الأجر . والثانى أن تكون الإجارة صحيحة ، فإن فى الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء . ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء فى المدة . والثالث أن التمكن من المستأجر يجب أن يكون فى المكان الذى وقع العقد فى حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه ، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر . والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء فى المدة ، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة فى هذا اليوم وذهب إليها بعد مضى اليوم بالدابة

(قوله وإذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء . لايقال : فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة ، وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا ، وبدل أحد الأقسام لايكون قسما بذاته ، فإذا قبض المستأجر بإجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة فى المدة فى المكان الذى وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الأجر ، لأن الواجب على الآجر تسليم العين التى تحدث منها المنفعة فى مدة الإجارة فى مكان العقد لاتسليم عين المنفعة لأنه غير متصور ، فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة ، فإذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبى سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الأجر ، واعتبر القيود ، فإن بزوال شىء منها زوال التمكن فلا يجب الأجر ، فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة فى غير مدة الإجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة فى هذا اليوم فذهب إليها بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها فى غير مكان العقد

(قوله فإذا قبض ، إلى قوله : فى المكان الذى وقع العقد فيه الخ) أقول : لعل الصواب أن يقول فى مكان أضيف إليه العقد ، فإنه إذا استأجر دابة فى غير بغداد على أن يركبها فى بغداد فسلمها فى بغداد وأمسكها فيه يستحق الأجرة ، بخلاف ما إذا سلمها وأمسكها فى غير بغداد الذى هو محل العقد . وفى المحيط البرهانى : يشترط التمكن من الاستيفاء فى المدة التى ورد عليها العقد وفى المكان الذى أضيف إليه العقد ، فأما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء فى المدة فى غير المكان الذى أضيف إليه العقد، أو تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد خارج المدة لايجب الأجر ، حتى أن من استأجر دابة يوما لأجل الركوب فحبسها المستأجر فى منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فإن استأجرها للركوب فى المصر يجب عليه الأجر لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد ، وإن استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لايجب الأجر إذا حبسها فى المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع فى المكان الذى أضيف إليه العقد ، فإذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان فى اليوم ولم يركب يجب الأجر لتمكنه من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد فى المدة ، وإن ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لايجب الأجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الأجر) أقول : وإذا استوفاها وجب بالطريق الأولى (قوله مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول : وسلمها بعد

إذ التمكن من الانتفاع يثبت به . قال (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر ، وإن وجد الغصب فى بعض المدة سقط الأجر بقدره ، إذ الانفساخ فى بعضها . قال (ومن استأجر دارا فللمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لأنه استوفى منفعة مقصودة (إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لأنه بمنزلة التأجيل (وكذلك إجارة الأراضى) لما بينا

ولم يركب لايجب الأجر وإن تمكن من الاستيفاء فى المكان الذى أضيف إليه العقد لأنه إنما تمكن بعد مضى المدة اهـ . وقال صاحب العناية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر : فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه ؟ قلت : وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع . وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به ، والعرف فاش فى تسليم المعقود عليه فى مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اهـ كلامه . أقول : فى آخر جوابه خلل . أما أولا فلأن قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع إن كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ماعقد عليه فارغا حتى صار المعنى فإن حال المسلم دالة أيضا على أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ، مع ركاكة هذا المعنى كما لايخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبى وهو قوله والعرف فاش الخ ، وإن كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف ، وعلى دلالة أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم أن لايتم قوله فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما . إذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع إلى الحال والعرف ، وعلى المعنى المزبور لاتصير علة الاقتصار للاختصار هى الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هى الاعتماد على الحال والعرف ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان الانتفاع . وأما ثانيا فلأن قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان

لكن استأجر دابة فى غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة أو سلمها فارغة فيها فى مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب ، أو سلمها فارغة فيها فى مكانه صحيحة لاعذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب ، أو لم يكن شىء من ذلك أصلا لكن الإجارة كانت فاسدة فإن الأجر فى جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لأن التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع . فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه ؟ قلت : وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الإقدام على الانتفاع ، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به ، والعرف فاش فى تسليم المعقود عليه فى مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمتنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ، ووجود المانع فى بعض المدة والمكان يسقط الأجر بقدره لوجوب الانفساخ فى ذلك القدر . قال (ومن استأجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الأجر والحال لايخلو من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أولا ، فإن كان الأول فليس له المطالبة إلا إذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لأنه بمنزلة التأجيل ، إذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة ، والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل ، وإن كان الثانى فللمؤجر

مضى اليوم فذهب إليها الخ (قوله لكن استأجر دابة فى غير بغداد ، إلى قوله : ببغداد الخ) أقول : ولو سلمها فى غير بغداد الذى هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب إلى الكوفة لايجب الأجر أيضا عليهما (قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما) أقول : وفيه بحث ، فإن صورة الغصب مذكورة فى كلام المصنف (قوله اعتمادا عليهما) أقول : يعنى دلالة الحال ودلالة العرف .

(ومن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لأن سير كل مرحلة مقصود . وكان أبوحنيفة يقول أولا : لايجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر ، لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها ، كما إذا كان المعقود عليه العمل . ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضى استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة ، إلا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى إلى أن لايتفرغ لغيره فيتضرر به ،

عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضا من القيود المقتصر عن ذكرها مع أن المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : لأن المعقوود عليه جملة المنافع فى المدة ، وما هو جملة فى المدة لاتكون مسلمة فى بعضها لأن أجزاء الأعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما فى المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل ، كالخياطة فإن الخياط لايستحق شيئا من الأجرة قبل الفراغ كما سيأتى اهـ . أقول : فى قوله كما فى المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن سهو ظاهر ، إذ قد مرّ فى البيوع أنه إذا بيع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا ، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا ، ففى الصورة الأولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع ، وفى الصورتين الأخريين يستحق قبض البدلين معا ، وأما أن لايستحق قبض الثمن إلا بعد تسليم المبيع فما لم يقل به أحد ، والصواب هاهنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال كما فى المبيع فإنه لايتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق

أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة ، وكذلك إجارة الأراضى (وإن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) كسكنى يوم ، وهذا قول أبى حنيفة آخرا (وكان يقول أولا لايجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المنافع فى المدة) وما هو جملة فى المدة لاتكون مسلمة فى بعضها لأن أجزاء الأعواض منطبقة على أجزاء الزمان فلا يستحق المؤجل قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما فى المبيع فإنه ما لم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن وصار كما إذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة ، فإن الخياط لايستحق شيئا من الأجرة وقبل الفراغ كما سيأتى . فإن قيل : قال المصنف (فلا يتوزع الأجر على أجزائها) يعنى المنافع وهو خلاف المشهور ، فإن المشهور أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد ، لأن شرط القياس المماثلة بين الأصل والفرع وهو منتف ، لأن فى المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ، ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الخياط شيئا . فالجواب أن أجزاء العوض قد تنقسم على أجزاء المعوض وجوبا ، وليس الكلام فيه وإنما الكلام فى استحقاق القبض ، وفى ذلك لايتوزع كما فى البيع والتسليم فى الخياط وجد تقديرا لأن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه ، فإنه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه (ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضى استحقاق الأجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة) بين البدلين (إلا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى إلى أن لايتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضى إلى عدمه ، فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر فيمتنع

(قوله فإنه ما لم يسلم جميعه لايستحق قبض الثمن) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا بيع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا ، وإذا بيع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قيل لهما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط ، فهذا القول من الشارح لعله سهو ، والحق عكس ماذكره ، كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه فى أول هذا الباب . قال فى الكافى : فما لم يسلم كله لايجب تسليم شىء من الأجرة كما فى البيع ، فإنه لايتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن ، بل له حق حبس جملة المبيع ما بقى شيئا من الثمن انتهى فليتأمل . (قوله ولا كذلك العمل لأنه لم يتسلم من الخياط شيئا) أقول : ما المانع من أن يكون المقيس عليه الصورة التى تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذى خاط بعضه (قوله وجوبا) أقول: يعنى فى اللمة (قوله إلا أن المطالبة فى كل ساعة تفضى إلى أن لايتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول : وأيضا تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول : فيه منع .

فقدرنا بما ذكرنا . قال (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لأن العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر ، وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر لايستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا . قال (إلا أن يشترط التعجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم .

حبس جملة المبيع ما بقى شىء من الثمن اه (قوله وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر لايستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية ، فإنه ذكر فى المبسوط فى باب من استأجر أجيرا يعمل له فى بيته . وقالوا : لو استأجر خياطا يخيط له فى بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الأجر بقدر ما خاط ، فإن كل جزء من العمل يصير مسلما إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء على حصول كمال المقصود . وذكر فى الفصل الثانى من الذخيرة وفى الإجارة التى تنعقد على العمل ويبقى له أثر فى العين لايجب عليه أيضا الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله ، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ فى بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب فى الجمال على قوله الآخر يجب على المؤاجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كما فى الجمال . وذكر الإمام قاضيخان : ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له فى منزله كلما عمل عملا يستحق الأجرة بقدره ، وهكذا أيضا فى غيرها . ولكن نقل فى التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر فى الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى فى هذا الحكم ، والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده . إلى هنا لفظ صاحب النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية : وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة . وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة ، إذ ليس للكم مثلا أو للبدن أو للدوامل ١ حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما فى كل الثوب ، ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه . أقول : ليس ما قاله بشىء ، أما أولا فلأنا لانسلم أن مايدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عينا

الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة ، وما أفضى وجوده إلى عدمه فهو منتف (فقدرنا بما ذكرنا) من اليوم فى الدار والمرحلة فى البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لأن العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر) وهذا يشير إلى أنه لو كانا ثوبين ففرغ من أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه منتفع به (وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر لايستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به (إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال فى النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغنى وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشى والفوائد الظهيرية ، وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطا يخيط له فى بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خاطه . ونقل عن الذخيرة : يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما فى الجمال . ثم قال : ولكن نقل فى التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر فى الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرمانى فى هذا الحكم . وأقول : كلام صاحب الذخيرة على مانقله يدل

(قوله فقدرنا بما ذكرنا) أقول : يعنى قدرنا استحسانا (قوله قال فى النهاية : هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب ، إلى قوله : ولكن نقل من التجريد الخ) أقول : ورواية تحفة الفقهاء توافق ماذكره المصنف أيضا حيث قال : وعلى هذا الخياط يخيط له فى منزله قميصا ، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر لأن هذا العمل لاينتفع ببعضه ، فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لأنه صار مسلما العمل عنده انتهى .

---

(١) (قوله أو للدوامل) هكذا فى نسخ التكملة بالدال المهملة والميم ، وفى العناية « الذوائل » بالذال المعجمة والهمز ، فليحرر اه مصححه .

. . . . . . ٢٠ . . . .

لكل جزء حصة معلومة ، بل يكون أيضا إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة ، بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره . وقوله إذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضا . نعم ليس بشىء أيضا من ذلك حصة معينة فى العقد عادة ، وهذا لاينافى أن يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لايخفى . وأما ثانيا فلأنه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت له حصة معلومة ما إذا عينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما فى كل الثوب لزم أن لايكون فرق بين ما إذا كان عمل الخياط أو الصباغ فى بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله فى بيت صاحب المال فى وجوب إيفاء الأجر ، إذ لا كلام لأحد فى وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ . وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال : وفى الإجارة التى تنعقد على العمل ويبقى له أثر فى العين فإنه لايجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله ، وإن كانت حصة ما استوفى معلومة ، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ فى بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما فى الحمال انتهى وأما ثالثا فلأنه لامعنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ماذكره المصنف مخالف قطعا لمنطوق ما فى الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل فى بيته ، وليس بمطابق أيضا لمفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لايجب عليه أجر أصلا إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر ، لأن مدلول كلام المصنف أن لايجب عليه الأجر مطلقا : أى سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا ، فإنه قال : وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر لايستوجب الأجر قبل الفراغ ، وكان فيما إذا عمل فى غير بيت المستأجر لايجب الأجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف ، فدل قوله وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر لايستوجب الأجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لايجب عليه الأجر مطلقا قبل الفراغ فيما إذا عمل فى بيته أيضا ، ولأنه قال لما بينا ، ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لأن العمل فى البعض غير منتفع به ، ولا شك أن ذلك يقتضى أن لايستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقا ، فأنى يصلح مافى الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف فى كلامه المذكور ، ولعمرى إن جملة ما ذكره صاحب العناية هاهنا موهوم محض ، فكيف ينبغى أن يصار إلى مثله فى توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق . ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثانى من الوجوه الثلاثة التى ذكرناها آنفا لاختلال رأى الشارح المزبورهاهنا حيث قال فى حاشيته على قول ذلك الشارح . وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ . وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط فى غير بيت المستأجر أنه إذا خاط فى بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر ، بخلاف ما إذا خاط فى غيره وقال فيه بحث ، فإن استيجاب الأجر بالفراغ لابالتسليم . ثم قال : وجوابه ظاهر ، فإنه لو هلك قبل التسليم لايستوجب أجرا اهـ كلامه . أقول : جوابه عن بحثه ليس بتام إذ لاشك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ ، ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيكه حتى تعطينى الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة ، كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن ، صرح بذلك فى الذخيرة

على أن استحقاق بعض الأجرة إنما هو إذا كان له حصة معلومة ، وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة ، إذ ليس للكم مثلا أو للبدن أو للدوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة إلا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كما فى كل الثوب ، ولعل هذا معتمد

(قوله وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا الخ) أقول : فيه بحث .(قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول : ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاطه فى غير بيت المستأجر أنه إذا خاط فى بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر ، بخلاف ما إذا خاط فى غيره ، وفيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لابالتسليم ، وجوابه ظاهر ، فإنه لوهلك قبل التسليم لايستوجب أجرا ز .

قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) لأن تمام العمل بالإخراج ، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم ، فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأنه صار مسلما إليه بالوضع فى بيته ،ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية . قال : وهذا عند أبى حنيفة لأنه أمانة فى يده ، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر.

وعامة المعتبرات ، وسيأتى فى الكتاب ، إلا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ إياه إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر ، كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع إياه إلى المشترى سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر فى استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل ، وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن فى المبيع بتمام العقد وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع إلى المشترى ، والكلام هاهنا فى ابتداء تحقيق استيجاب الأجر ، ولهذا قال فى الكتاب : وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ، ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه ، فلا بد فى اندفاع الوجه الثانى من الوجوه التى أوزدناها على رأى صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل فى بيت المستأجر وبين ما إذا عمل فى غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال فى العناية : ذكر هذا

المصنف رحمه الله ، قال (ومن استأجر خبازا ليخبز له) ذكر هذا البيان حكمين : أحدهما أن الأجير المشترك لايستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله ، وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا . والثانى أن فراغ العمل بماذا يكون ، فإذا استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور لأن استحقاق الأجرة بتمام العمل وتمام العمل بالإخراج (فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم) فإن قيل : خبزه فى بيته يمنع أن يخبز لغيره ، ومن عمل لواحد فهو أجير وحد . واستحقاقه الأجرة لايتوقف على الفراغ من العمل . أجيب بأن أجير الوحد من وقع العقد فى حقه على المدة كمن استؤجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل (فإن أخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الأجر) لأن عمله تم بالإخراج والتسليم وجد بالوضع فى بيته (ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه جناية توجبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أى قوله لاضمان عليه (عند أبى حنيفة لأنه أمانة فى يده) ولا ضمان على الأمين (وعندهما يضمن) لأن العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ إلا بحقيقة التسليم) والوضع

(قال المصنف : ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته الخ) أقول : فى مبسوط السرخسى ، وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له فى بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الأجر تاما ، وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحساب ماعمل ، وإن كان يخبز فى بيت الخباز لم يكن له من الأجر شىء ، ولا ضمان عليه فيما سرق فى قول أبى حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ماهلك فى يده بغير فعله انتهى . ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل فى دفعها ، فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلا تاما ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما أن الأجير المشترك لايستحق الأجرة الخ) أقول : الحمال أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله ، إلا أن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول : أما إذا استأجر خبازا يوما ليخبز له فى بيته فإنه أجير واحد فيستوجب الأجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل (قال المصنف : فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر) أقول : فى الوقاية وإن احترق بعد ما أخرج فله الأجر وقبله لا ، ولا غرم فيهما . وقال صدر الشريعة : أى فى الاحتراق قبل الإخراج وبعد الإخراج . وقال صاحب الدرر والغرر : فيه بحث ، أما أولا فلأنه مخالف لما فى شروح الهداية أن فيما قبل الإخراج غرما حتى قال فى غاية البيان : إنما قيد بعدم الضمان فى صورة الاحتراق بعد الإخراج من التنور ، لأنه إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان فى قول أصحابنا جميعا ، وأما ثانيا فلأنه مخالف القاعدة المقررة الآتى ذكرها من أن الأجير المشترك يضمن ماتلف بعمله انتهى كلامه (قال المصنف : لأنه مضمون عليه) أقول : تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول .

قال (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالعرف عليه) اعتبارا للعرف . قال (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الأجر إذا أقامها عند أبى حنيفة ، وقالا : لايستحقها حتى يشرّجها) لأن التشريج من تمام عمله ، إذ لايؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور ، ولأن الأجير هوالذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه . ولأبى حنيفة أن العمل قد تمّ بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ، ألاترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ماقبل الإقامة لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج . قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الأجر) لأن المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع ، ولو حبسه فضاع لاضمان عليه عند أبى حنيفة لأنه غير متعدّ فى الحبس فبقى أمانة كما كان عنده ، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر ، وسيبين من بعد إن شاء الله تعالى

لبيان حكمين : أحدهما أن الأجير المشترك لايستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا . والثانى أن فراغ العمل بماذا يكون اه . أقول : فيه شىء ، وهوأنه إذا علم من مسئلة الخياط آنفا أن الأجير المشترك لايستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك هاهنا تحصيل الحاصل فلا ينبغى أن يقصده العاقل . فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة إنما هو بيان الحكم الثانى وهو أن الفراغ من العمل فى الخباز بماذا يكون ويرشد إليه أنه قال : لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز

فى بيته ليس كذلك ، ثم إذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار، إن شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر ، ولا ضمان عليه فى الحطب والملح عندهما لأن ذلك صار مستهلكا قبل وجو ب الضمان عليه وحال وجوبه رمادا لا قيمة له . قال فى النهاية ، هذا الذى ذكره من الاختلاف اختيار القدورى ، وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لاضمان بالاتفاق ، أما عنده فلأنه لم يهلك من عمله ، وأما على قولهما فلأنه هلك بعد التسليم ، وهذا يتم إن كان الوضع فى بيته تسليما (ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعام وليمة فعليه تفريغه إلى القصاع) لأنه من تمام عمله عرفا ، وإن استؤجر فى طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الأجر عند أبى حنيفة بإقامتها) فإن أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لأنه لايصير مسلما ما لم يصر لبنا ، وما دام على الأرض لم يصر لبنا (وقالا : لايستحقه حتى يشرجه) أى ينضده بضم بعضه إلى بعض (لأن التشريج من تمام عمله) عرفا ، وباقى كلامه ظاهر . قال (وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار الخ) وكل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم فى الثوب وهو ظاهر ، والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما فى البيع ، فالوصف القائم فى الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل ، والوصف لاينفك عن العين فجاز حبسها لذلك . فإن قيل : فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى إلى عدم الضمان ، ولو حبسه فضاع لاضمان عليه ، فالجواب ما أشار إليه بقوله لأنه غير متعدّ : يعنى أن الضمان لايلزم إلا على المتعدى وهو غير متعدّ فلا يلزمه الضمان ، لكنه لا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبى يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر ، وسنذكره فى باب ضمان الأخير . وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبسه ، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين ، بل إنما هو قائم بالعامل أو بعين له ، والحبس فيه غير متصوّر ،

(قال المصنف : ألا ترى أنه ينتفع به) أقول : فيه إشارة إلى الجواب عن دليلهما الثانى : يعنى أن العرف مشترك ، فكما أنه قد يتولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشريج . وفى القاموس : التشريج : نضد اللبن .

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح) لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصوّر حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل ، وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للرادّ حق حبسه لاستيفاء الجعل ، ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس ، وهذا الذى ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر : ليس له حق الحبس فى الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس . ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشترى بغير رضا البائع . قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لأن المعقود عليه العمل فى محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه (وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله) لأن المستحق عمل فى ذمته ، ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

(فصل)

من التنور ، ولم يقل حتى يفرغ من العمل بإخراج الخبز من التنور . ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال هكذا تدبر .

وغسل الثوب نظير الحمل : يعنى إذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء ، وأما إذا كان فهى مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ . واختاره المصنف رحمه الله . وذكر فى المبسوط وجامع قاضيخان أن إحداث البياض فى الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر فى العين . قيل وهو الأصح ، لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآبق) جواب عما يقال الآبق إذا ردّه إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر فى العين قائم . ووجهه أن الآبق كان على شرف الهلاك وقد أحياه بردّه فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذى ذكرنا) يعنى حق الحبس للصانع بالأجر فيما إذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة . وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعى رحمهما الله (ليس له حق الحبس فى الوجهين) يعنى فى الذى لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم إلى صاحبه لايتصوّر حبسه كما لو عمل فى بيت الصاحب . والجواب (أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل إذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس وقد تقدم ، فصار كقبض المشترى المبيع بغير رضا البائع ، فإن للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشترى لكونه بغير رضاه . قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا ، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه ، فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه ، كأن استأجر دابة بعينها للحمل فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها ، وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه فى ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغى أن يجوز ، وإن أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق العمل ويمكن إيفاؤه بنفسه ، وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين ، والله أعلم .

(فصـــل)

لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر فى هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه ، وعقبه لأصل الباب لأن استحقاق

(فصل ومن استأجر رجلا)

(ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ، ومراده إذا كانوا معلومين (وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فردّه فلا أجر له) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته . ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع) لأن الحمل لم ينتقض (وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فردّه فلا أجر له في قولهم جميعا) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام ، بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر .

(باب مايجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

قال في النهاية ومعراج الدراية : لما ذكر مقدمات الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان مايجوز من عقود الإجارة وما لايجوز منها انتهى. أقول : فيه نوع خلل، لأنه لم يذكر في هذا الباب مالايجوز من الإجارة وإنما ذكر ذلك

تمام الأجر هو الأصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فإما أن يكون على جماعة معلومي العدد أولا ، فإن كان الثاني استحق جميع الأجرة ، وإن كان الأول (فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني ، واختاره المصنف وإليه أشار بقوله (ومراده) يعني القدوري رحمه الله (إذا كانوا معلومين ، وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا) فإما أن يردّ الكتاب أو لا ، فإن كان الثاني استحق أجر الذهاب بالإجماع ، وإن كان الأول (فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : له أجر الذهاب) وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب . ووقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب ، وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له . ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه بردّه فيسقط الأجر ، كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فردّه فإنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام ، وليس بناهض على محمد ، لأن المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ماقطعه منها ، والله أعلم.

(باب مايجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده، وذكر

(قال المصنف : ومراده إذا كانوا معلومين الخ) أقول : في البزازية : وإن لم يكونوا معلومين فالإجارة فاسدة ، وفي الدرر والغرر : وإن لم يكن عياله معلومين فله كل الأجر فتأمل فإنه لامخالفة كما سيتضح في الدرس الآتي من العناية .

(باب مايجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها)

(قوله باب مايجوز من الإجارة) أقول : لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الإجارة فيتضح وجه التأخير لأن التفصيل بعد الإجمال فليتأمل.

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه ،

فى باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة ، بل إنما ذكر فى هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للمؤجر كما وقع فى عنوان الباب . وقال فى غاية البيان والعناية : لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده ، وذكر أيضا من الأفعال ما يعدّ خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعد خلافا انتهى . أقول : فيه أيضا شىء فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة : قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار : يعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى ، لأنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ، والتعليل يدل على ماذكرت انتهى كلامه . ومال أكثر الشراح إلى سمته فى تصوير هذه المسئلة ، غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال : ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار : أى يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، وله أن يعمل كل شىء لا يوهن البناء ولا يفسده ، وهو الظاهر من كلام القدورى ، إلى هنا كلامه . أقول : فيما قال تاج الشريعة كلام . أما أولا فلأنه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا ، لأنه إما أن يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى ، أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى ، فإن كان الأول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى فى الخارج لم يصح الاحتراز ، إذ الظاهر أن الحكم فى استئجار كل دار وحانوت ماذكر فى الكتاب وهو الجواز ، وإن كان الثانى فهو من قبيل اللغو ، فإن كون الدور والحوانيت مما يعدّ للسكنى غنىّ عن البيان غير خفىّ على أحد . وأما ثانيا فلأن قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع ، لأنه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغى أن يجوز ، لأن التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ، ولهذا إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سيأتى فى الكتاب ، ففيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد . ثم الإنصاف أنه لو لم يقع فى عبارة مختصر القدورى قيد للسكنى فى وضع هذه المسئلة كما لم يقع فى عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه) ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح كما ردّ على صدر الشريعة حيث قال : لا ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه لا يتفاوت فصح العقد لأنه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شىء سوى موهن البناء ، بل لأن الأصل أن كل عمل لا يضرّ البناء يستحقه بمطلق العقد ، انتهى كلامه . أقول : ليس شىء من شطرى كلامه بسديد ، أما شطره الأول فلأن مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل إلى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على إطلاقها ، فله أن

أيضا من الأفعال ما يعدّ خلافا من الأجير للمؤجر وما لا يعدّ خلافا . قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسئلة أن يقول : استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وإن لم يبين ، لأن العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا . وفى القياس : لا يجوز لأن المقصود من الدور

(قال المصنف : ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول : فى الفصل الحادى عشر من إجارات المحيط البرهانى فى فتاوى أبى الليث : إذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكناها جميعا فلا أجر لها ، قال : وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو لتخبز ، هكذا ذكر انتهى . قيل : فى المعنى إن التسليم شرط لصحة الإجارة ، ولوجوب الأجر وسكناها معه يمنع التسليم والحكم ممنوع والعلة مردودة ، والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ والخبز مستحق عليها ديانة إن لم يكن مستحقا عليها حكما ، أما إسكان الزوج فى منزلها غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكما . وقوله بأن سكناها مع الزوج يمنع التسليم . قلنا : لا يمنع لأنها تابعة للزوج فى السكنى كما فصل فى الهبة (قوله للسكنى)

وأنه لايتفاوت فُصح العقد (وله أن يعمل كل شيء) للإطلاق (إلا أنه لايسكن خدادا ولا قصارا ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا) لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة .

يعمل كل شيء منها لهذا الإطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه . ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل إلى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شيء من أعمال السكنى لإطلاق عمل السكنى نظرا إلى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار فى التعليل الذى ذكره المصنف وغيره . وأما شطره الثانى فلأنه لو كان الأصل أن كل عمل لايضرّ البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير إلى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذى ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد ، بل صرحوا فى عامة المعتبرات بأنه مصروف بالعرف إلى عمل السكنى وهو لايتفاوت فيصح العقد من غير بيان ، وقالوا : إن هذا استحسان . وفى القياس لايصح ، لأن مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية إلى النزاع كما فى استئجار الأراضى للزراعة (قوله وأنه لايتفاوت فصح العقد) قال صاحب العناية : هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ، ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه . وقال بعض الفضلاء : لا مساس لهذا السؤال بالمقام ، إذ الكلام فى عدم وجوب بيان مايعمل فيها لا فى بيان من يسكن انتهى . أقول : لعل لفظ السكان فى كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى ، فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر . وأما على ما وقع فى النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان فى العمل فلا بد من بيان مايعمل فيها ، ولما كان تفاوت السكان فى العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذى هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ، ويرشد إليه قوله ووجهه : يعنى وجه الجواب أن السكنى لاتتفاوت ، وما لايتفاوت لايشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال إن السكنى لاتتفاوت ، ولم يقل إن السكان لايتفاوتون ، تدبر ترشد . وقال الشارح العينى : وفى بعض النسخ : ولأنه لايتفاوت ، وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال : هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ . أقول : كلامه ليس بصحيح . أما أولا فلأن صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط . وأما ثانيا فلأن جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لايدل على نسخة ، ولأنه بل يأباها إذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا ، والذى يكون جوابا عن سؤال مقدر إنما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ ، وإن أراد أن المذكور فى لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لاغير فليس كذلك أيضا ، بل المذكور فيما رأيناه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لأنّ فيه ضررا ظاهرا لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة) أقول : لقائل أن يقول : الظاهر من هذا الكلام أن أعمال

والحوانيت الانتفاع وهو متنوّع ، فوجب أن لايجوز ما لم يبين شيئا من ذلك . ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصا فينصرف إليه (قوله ولأنه لايتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلابد من بيانه . ووجهه أن السكنى لاتتفاوت ، وما لايتفاوت لايشتمل على مايفسد العقد فيصح (وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والإسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للإطلاق) أى لإطلاق العقد فإنه ليس بمقيد بشيء دون شيء (إلا أنه لايسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو الدابة دون اليد إن لم يوهن البناء ، وفى الجملة كل ما لم يتضرّر به البناء جاز أن يعمله فيه ويتقيد به . وقوله لايسكن يجوز أن يكون بفتح الياء . وقوله حدادا يكون نصبا على الحال ، وينتفى به الإسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ، ويجوز أن يكون بضم الياء

أقول : حال من الدور والحوانيت : أى كائنتين معدتين للسكنى (قوله ولأنه لايتفاوت) أقول : الظاهر وأنه لايتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول : لامساس لهذا السؤال بالمقام ، إذ الكلام فى عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا فى بيان من يسكن

قال (ويجوز استئجار الأراضى للزراعة) لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها(وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط) لأن الإجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع فى الحال إلا بهما فيدخلان فى مطلق العقد ، بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لاالانتفاع فى الحال ، حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مرّ فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لأنه لما فوّض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة . قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو ليغرس فيها نخلا أوشجرا) لأنها منفعة تقصد بالأراضى (ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لانهاية لهما وفى إبقائهما إضرار بصاحب الأرض ،

السكنى تتفاوت فبعض منها لايوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالأمثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مرّ آنفا ، وأنه يعنى السكنى لايتفاوت . ويمكن أن يقال إن معنى قوله السابق أنه لايتفاوت غالبا فالذى يضرّ البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال ، وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى مايزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها ، وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة) أقول : لقائل أن يقول : فى التعليل شائبة الاستدراك ، إذ يكفى فى تمامه أن يقال : لأن مايزرع فيها متفاوت ، وقوله لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لايطابق المدعى ولا نفع له فى إثباته . فالجواب أنه لابد فى صحة عقد استئجار الأراضى للزراعة من أمرين : أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لأنها قد تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من نفى الجهالة . وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به فى الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها ، والمصنف لما رأى اندراج الأول أيضا التزاما فى مدلول قوله حتى يسمى مايزرع فيها بناء على أن تسمية مايزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين . أما إلى تعليل الأول فبقوله لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها . وأما إلى تعليل الثانى فبقوله وما يزرع فيها متفاوت ، فلم يكن فى التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة . وكأنّ صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال فى تقرير المقام : ويجوز استئجار الأراضى للزراعة ، لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها ، وينبغى أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضا فلابد من البيان نفيا للجهالة

والمنصوبات مفعول به ، وينتفى به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الأراضى للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغى أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ، ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت فى الضرر بالأرض وعدمه ، فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة ، أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء ، لأنه لما فوّض الاختيار إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تنصيص ، لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان فى مطلق العقد ، بخلاف البيع فإن المقصود منه ملك الرقبة) وقد مرّ فى باب الحقوق من كتاب البيوع (ويجوز أن يستأجر الساحة) وهى الأرض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أو يغرس لأن ذلك منفعة مقصودة بالأراضى) فيصح بها العقد (فإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعهما وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لهما ، ففى إبقائهما ضرر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر ، وأما من جانب المؤجر فلأن الأرض إما أن تنقص بالقلع أو لا ، فإن كان الأول فإن شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضى به المستأجر أو لا ، وإن شاء رضى بتركها على حالها

(قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول : فيه رد على الإتقانى ، ولكن بقى هاهنا كلام ، وهو أن اتحاد المناط لايكفى فى الدلالة لوجوده فى القياس أيضا ، بل لابد مع ذلك أن يدرك بالغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا (قال المصنف : ويجوز استئجار الأراضى للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول : إنما قال ذلك ، لأن كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ويجرى بها التعامل من

بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين . قال (إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر ، إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه . قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا) لأن الحق له فله أن لا يستوفيه . قال (وفى الجامع الصغير : إذا انقضت مدة الإجارة وفى الأرض رطبة فإنها تقلع) لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر . قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لأنه منفعة معلومة معهودة (فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء) عملا بالإطلاق . ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مرادا من الأصل والناس يتفاوتون فى الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك إذا استأجر ثوبا للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا) لإطلاق اللفظ وتفاوت

ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت فى الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى (قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملا بالإطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه : لأن المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا أو زاد ، فعلى هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ؛ ففى الوجه الأول يفسد العقد لأن الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا ، فإن أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز . وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء ، لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة ، فكل جزء منه ابتداء ، وإذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد ، فكذا هاهنا . وفى الوجه الثانى

فيكون البناء لهذا والأرض لذاك لأن الحق له فله أن يتركه ، وإن كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين) وذلك لأنا لو قلعناه تضرر المستأجر ، ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر ، وفى تركه بأجر رعاية الجانبين فصير إليه . وأورد مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة . قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) إذا استأجر دابة للركوب ، فإما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه ، أو زاد فقال على أن يركب من شاء ، أو على أن يركب فلان فهى ثلاثة أوجه ، فإن كان الأول فالعقد فاسد لأنه مما يختلف اختلافا فاحشا ، فإن أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز ، كما لو اشترى شيئا بخمر أو خنزير . وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء ، وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد ، فكذا هاهنا . وإن كان الثانى صح العقد ويجب المسمى ، ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره ، لأنه تعين مرادا من الأصل على الوجه الذى قلنا : فإن أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن ، وهذا الوجه هو المذكور فى الكتاب أولا ، والمراد بقوله فإن أطلق الركوب هو أن يقول على أن يركب من شاء ، وإن كان الثالث فليس له أن يتعداه لأنه تعيين مفيد لابد من اعتباره ، فإن تعداه كان ضامنا ، وكذلك

الناس من شرائط صحة الإجارة . قال فى البدائع فى تعليل هذا الشرط : لأنها عقد شرع ، بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه الناس . ثم قال : فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها ، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ، ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك فيه لم يجز لأنه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة . (قوله وإن كان الثانى فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول : وإن شاء رضى بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلا على انفهامه من الكلام (قوله على الوجه الذى قلنا) أقول : آنفا .

الناس فى اللبس (وإن قال : على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامنا) لأن الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس فصح التعيين ، وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا . فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذى يضر بالبناء، والذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا. قال (وإن سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ، أو لكونه خيرا من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد)

يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره ، لأنه تعين مرادا من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء . وفى الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لأنه تعيين مفيد لابد من اعتباره فإن تعدى ضار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب فى جميع هذه الأوجه كذا قالوا . ثم اعلم أن الشراح افترقوا فى تعيين أن المراد بقول القدورى : فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء ، أى وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة ، فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبى الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثانى وهو أن يقول على أن تركب من شئت ، وأن المراد بالإطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الإمام الزاهدى والإمام أبو نصر الأقطع فى شرحيهما لمختصر القدورى ، وجوز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين : أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز بعدما وقع فاسدا بأن يكون معنى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسدا . وثانيهما الوجه الثانى كما ذكرناه من قبل . إذا عرفت هذا فأقول إن تعليل المصنف هذه المسئلة : أعنى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء بقوله عملا بالإطلاق يقتضى أن يحمله المصنف على الوجه الثانى فقط لأنه إنما يتمشى عند الحمل على الوجه الثانى لا عند الحمل على آخر الوجه الأول إذ لا شك أن علة انقلاب العقد إلى الجواز فى الوجه الأول إنما هى تعين المعقود عليه بقاء لا إطلاقه ، وإنما الإطلاق علة الفساد ابتداء . وعن هذا فسر صاحب الكافى معنى الإطلاق هاهنا بالوجه الثانى ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال : فإن أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملا بإطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وإن سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة فى الضرر أو أقل كالشعير والسمسم) كلاهما مثال لما هو أقل فى الضرر ، وأما مثال

كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة ، وحكم الحمل كحكم الركوب ، بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بعينه جاز إسكان غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت . فإن قيل : قد تتفاوت السكان أيضا ، فإن سكنى بعض قد يتضرر به كالحداد ونحوه . أجاب بقوله (والذى يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا) واعتبر ماذكرت لك تستغن عما فى النهاية من التطويل ، وقول المصنف ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه لركوب معين ، إما نصا حقيقة أو تقديرا (وإن سمى نوعا ومقدارا من شىء يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله فى الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضررا (كالشعير والسمسم) فإنهما إذا كانا خمسة أقفزة كان أقل وزنا فكان أقل ضررا . وذكر فى النهاية أن فى الكلام لفا ونشرا ، فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وليس بواضح فإن السمسم أيضا مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وإنما جاز له ذلك (لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت) يعنى به إذا كان مثلا (أو لكونه خيرا) يعنى به إذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالملح) إذا كان

(قوله أو تقديرا) أقول : كما فى الوجه المذكور فى الكتاب أولا (قوله وليس بواضح) أقول : وفيه بحث ، فإن صاحب النهاية يدعى أن

لانعدام الرضا فيه(وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لأنه ربما يكون أضرّ بالدابة فإن الحديد يجتمع فى موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها . قال (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ، ولأن الآدمى غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة فى الجنايات . قال(وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت

ما هو مثل فى الضرر فكما إذا سمى خمسة أقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة أقفزة حنطة أخرى ، وإنما ترك هذا فى الكتاب لظهوره . قال صاحب النهاية فى شرح قوله كالشعير والسمسم : هذا لفّ ونشر ، فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى . وتبعه الشارح الكاكى كما هو دأبه فى أكثر الأحوال . وقال صاحب غاية البيان : قال بعضهم : فيه لفّ ونشر يرجع قوله كالشعير إلى قوله مثل الحنطة ، ويرجع قوله والسمسم إلى قوله أقل ، وليس ذلك بشىء لأن الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ، ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن إذا عطبت ، فلو كان مثلا لها لم يضمن ، كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل ، بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله أقل ، إلى هنا كلامه . وقال صاحب العناية : وذكر فى النهاية أن فى الكلام لفا ونشرا فإن الشعير ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل ، وليس بواضح فإن السمسم أيضا مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه . أقول : فيه خبط واضح ، فإنه إذا كان التقدير من حيث الكيل فإنما يكون السمسم مثل الحنطة فى الكيل ، ولا شك أن المراد بالمثل والأقل هاهنا ما هو مثل وأقل فى الضرر كما صرح به فى نفس الكتاب ، وإنما تكون المثلية فى الضرر بالتساوى فى الوزن والأقلية فى الضرر بالقلة فى الوزن ، وانتفاء التساوى فى الوزن بين السمسم والحنطة إذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بديهى ، فكأن صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والأقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله . نعم يرد على ماذكر فى النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة فى الضرر إذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية :قيل وإنما قيد بكونه رجلا لأنه إذا أردف صبيا

مثلها كيلا لأنه أثقل (لانعدام الرضا فيه ، وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لأنه ربما كان أضرّ على الدابة لاجتماعه فى موضع من الظهر ، بخلاف القطن فإنه ينبسط عليه) وإنما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون (وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفّ عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ، ولأن الآدمى غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة فى الجنايات) والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ ، فإنه إذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافا لأن ربّ جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات . قيل وإنما قيد بكونه رجلا لأنه إذا أردف صبيا ضمن بقدر ثقله إذا كان لايستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل (وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت

خمسة أقفزة من الشعير مثل خمسة أقفزة من الحنطة فى الضرر ، فالجواب منع ذلك لا ماذكره الشارح كما لايخفى(قوله لأنه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول : الأولى أن يقال : ولا يرضى به المؤجر (قال المصنف : وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا) أقول :قال صاحب الكفاية: قيد بقوله رجلا لأنه لو أردف صبيا لايستمسك ضمن مازاد الثقل ، وإن كان صبيا يستمسك فهو كالرجل انتهى إلا أن الدليل الثانى يدل على خلاف ذلك (قوله وقيل وإنما قيد ،إلى قوله : لأنه بمنزلة الحمل) أقول : إلا أن قوله ولأن الآدمى غير موزون يدل على

ضمن ما زاد الثقل) لأنها عطبت بما هومأذون فيه وما هوغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (إلا إذا كان حملا لايطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة . قال (وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة ، وقالا : لايضمن إذا فعل فعلا متعارفا) لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط

ضمن بقدر ثقله إذا كان لايستمسك بنفسه لأنه بمنزلة الحمل انتهى . وقال بعض الفضلاء : إلا أن قوله ولأن الآدمى غير موزون يدل على خلاف ذلك . ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى . أقول : ليس الأمر كذلك ، لأن الصبىّ الذى لايستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمى فلم يدخل تحت قوله ولأن الآدمى غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل .ويرشد إليه ماذكره صاحب النهاية حيث قال : ثم الفقه فى اعتبار عدد الراكب فى الآدمى لا الثقل هو أن الآدمى مخصوص بعلم الفروسية . وعن هذا قال شمس الأئمة الحلوانى : هذا الذى ذكره من الجواب فيما إذا أردف مثله ، وأما إذا أردف صبيا يضمن بقدر ثقله ، لكن هذا فى الصبىّ الذى لايستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا فى التتمة ، إلى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد.ثم إنه لا مجال للقصد إلى تضعيف ذلك القول لأنه مما تقرر فى عامة معتبرات الفتاوى ، وناهيك بقول شمس الأئمة الحلوانى ذلك الإمام المحقق : ومن العجائب هاهنا أنه لما قال صاحب الكافى : ولأن الآدمى لايوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولأن الآدمى غير موزون نقله الشارح العينى وقال فيه نظر ، وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ، ولكن لاينضبط هذا على مالا يخفى انتهى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافى أنه لايمكن أن يوزن الآدمى بالقبان أصلا وهل يوجد فى العالم من الممكنات القائمة بذاتها شىء لايمكن أن يوزن أصلا إلا أن يكون مجردا أو جسما لطيفا (قوله وقالا : لايضمن إذا فعل فعلا متعارفا ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب

ضمن ما زاد الثقل لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) إذا كان مثلها يطيق حمله (وأما إذا كان حملا لايطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) كما إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى ، كمن استأجرها ليحملها خمسة أقفزة من شعير فحملها مثل كيلة حنطة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن ، بخلاف ما إذا كانت من جنسه لأنه مأذون فى مقدار المسمى وغير مأذون فى الزيادة فيوزع الضمان . ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس . وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئا فشيئا فإذا طحن العشرة انتهى الإذن ، فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف فى استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن الجميع ، فأما فى الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون فى بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك ، وبهذا يندفع ما قيل على ما إذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فإنه يجب عليه ضمان كل القيمة ، لأنه إذا استأجرها ليركبها بنفسه فأركبها غيره ضمن جميع القيمة ، فإذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها ، فإن لم يوجب زيادة لايوجب نقصانا لا محالة ، لأنه فى الإركاب متفردا مخالف من كل وجه . وفى الإرداف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر . قال (وإن كبح الدابة بلجامها الخ) وإن كبح الدابة بلجامها : أى جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى أو ضربها فعطبت ضمن عند أبى حنيفة ، وقالا : لايضمن إذا فعل فعلا متعارفا ، لأن المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد ، وما يدخل تحته لايوجب الضمان لحصوله بإذنه . وفى عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته . والجواب أن اللام فى المتعارف للعهد أى

خلاف ذلك ، ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك (قوله لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول : فيه تأمل ، ولعل المراد لعدم اعتبار الإذن ، فإنه لما كان ماحمله خارجا عن العادة ظهر أنه قصد إتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الإذن معنى (قوله وفى عبارته تسامح لأن المتعارف مراد الخ) أقول : ويجوز أن يقال : المراد بالدخول عدم الخروج .

السلامة إذ يتحقق السوق بدونه ، وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور فى الطريق . قال (وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن ، وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة إذا استأجرها ذاهبا لاجائيا لينتهى العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى . وأما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . وقيل لا ، بل الجواب مجرى على الإطلاق . والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل

العناية : وفى عبارته تسامح لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لاداخل تحته . والجواب أن اللام فى المتعارف للعهد : أى الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لامرادا ، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه . وتصرف بعض الفضلاء فى كل من جانبى السؤال والجواب . أما فى الأول فبأن قال : ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج ،

الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف ، وحينئذ يكون داخلا لامرادا لأن العقد المطلق يتناوله وغيره . ولأبى حنيفة القول بالموجب : أى سلمنا أنه حاصل بالإذن ، لكن الإذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها ، وهاهنا ممكن إذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور فى الطريق (وإن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهى على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها إلى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردّها إلى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ فى معنى هذا الوضع . فنهم من أول المسئلة بأن المراد هو إن استأجرها ذاهبا فقط لينتهى العقد بالوصول إلى الحيرة فلايصير المستأجر بالعود من القادسية إليها مردودا إلى يد المالك معنى فإنه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب ردّ إلى المالك معنى . أما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . ومنهم من أجرى على الإطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر ، وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود إلى الوفاق لقوة الأمر لكونه مقصودا ، وحينئذ يكون الردّ ودا إلى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا ، فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ماهو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الردّ ردّا إليه ، ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه . ونوقض بغاصب الغاصب إذا ردّ المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين . والجواب أن الردّ على أحدهما يوجب البراءة البتة ، وليس كل مايوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر . والسبب فى غاصب الغاصب هو الردّ إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل . فإن قيل : الردّ إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدى وهو يصلح متبرئا عن الضمان ، والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك . فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول ، وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين . قيل إلحاق العارية بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما ، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ، ومؤنة الرد على المالك كما فى الوديعة بخلاف الإعارة . والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلابد من تفرقة ليتحقق الإلحاق ، والاتحاد فى المناط كاف للإلحاق وهو موجود ، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى

(قوله أى الكبح المتعارف) أقول : ولعل الأولى أن يقال أى الفعل المتعارف (قوله إذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول : الضمير فى قوله بها راجع إلى قوله السلامة (قوله إذ يتحقق السوق بدونه) أقول : أى بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح (قوله فإنه لما كان مودعا معنى الخ) أقول : تأمل فى هذا التعليل (قوله ونوقض بغاصب الغاصب ، إلى قوله : على أحد هذين) أقول : لايبعد أن يقال إن الغاصب فى غرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول : لايقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن بصدده . نعم قد يكون المستأجر الذى فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل إلحاق العارية) أقول : القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه الخ) أقول : فيه نوع تأمل ، فإن مراد القائل إنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغى أن يبرأ المستأجر عن الضمان

الرد إلى يد نائب المالك ، وفى الإجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح . قال (ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان يماثل الأول تناوله إذن المالك ، إذ لافائدة فى التقييد بغيره إلا إذا كان زائدا عليه فى الوزن فحينئذ يضمن الزيادة (وإن كان لايسرج بمثله الحمر ضمن) لأنه

وأما فى الثانى فبأن قال : ولعل الأولى أن يقال أى الفعل المتعارف اه . أقول : كل من تصرفيه ساقط. أما الأول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لايدفع التسامح فى العبارة ، فإن ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا ، فإرادة ذلك منه عين التسامح فى العبارة . وأما الثانى فلأنه لوقال فى تفسير المعهود : أى الفعل المتعارف لم يتم الجواب ،إذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لاداخل تحته ، وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو هاهنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل المتعارف فى التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج إلى تفسير آخر فى تبيين المراد ، فالأولى ما فى العناية كما لايخفى (قوله وفى الإجارة والإعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود) فإنه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة فى ضمانه ، والغاصب لايبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد ، كذا فى الكافى وعامة الشروح . ونوقض بغاصب الغاصب إذا ردّ المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين . وأجيب عنه فى النهاية وكثير من الشروح بأنا نزيد فى المأخذ فنقول : إنما يبرأ بالرد إلى أحد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ، والغاصب الأول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ، وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية إلى الفوائد الظهيرية . وقال فى العناية : والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة ، وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الردّ على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر . والسبب فى غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه . أقول : يرد عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لايبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ، ومورد النقض ليس إلا الحصر المستفاد من تلك المقدمة ، اللهم إلا أن يحمل

متعديا ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهذا) أى الإجراء على الإطلاق أصح (ومن اكترى حمارا بسرج) فاستعماله بموافقة ، فإن نزع فإما أن يستعمله بسرج آخر وإكاف. وكل منهما على قسمين : إما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر أولا وكذلك الإكاف ، فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه ، لأنه لما كان مثله تناوله الإذن إذ لافائدة فى التقييد بغيره : أى من حيث المنع : يعنى لا فائدة فى القول بأن هذا مقيد بأن لايسرج بغير هذا السرج الذى عينه صاحبها إذا كان غيره يماثله. وفى بعض النسخ فى التقييد بعينه وهو واضح . وقوله (إلا إذا كان زائدا عليه فى الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الإذن فكان مأذونا فى المسمى غير مأذون فى الزيادة ، وفى مثله يضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم فى الحنطة، وإن أسرج بما لايسرج بمثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون

فيما نحن فيه بالرد إلى يده ، ولا كذلك العارية ، فالمناسب فى الجواب هو التعرض لدليله بأنه لايلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل (قال المصنف : ومن اكترى حمارا بسرج الخ) أقول : إذا استأجر حمارا بسرج فأسرجه بسرج لايسرج بمثله الحمر فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع ، وإن كان السرج الثانى أخف من الأول أو مثله فلا ضمان ، كذا فى الفصل السابع والعشرين من إجارات المحيط البرهانى ، ولا يخفى عليك مخالفته لما فى الهداية (قوله يعنى لافائدة فى القول بأن هذا مقيد بأن لايسرج بغير هذا السرج الخ) أقول : ولا يبعد أن يقال الضمير فى قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمثله الحمر كالضمائر السابقة ، فالمراد بغيره هو غير السرج الذى عينه صاحبها فتأمل .

لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفا (وإن أوكفه بإكاف لايوكف بمثله الحمر يضمن) لما قلنا فى السرج وهذا أولى (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبى حنيفة ، وقالا : يضمن بحسابه) لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به، إلا إذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة فى الحمل المسمى إذا كان من جنسه . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة مالا ينبسط عليه الآخر

ذلك الحصر على القصر الإضافى دون الحقيقى ، فالمعنى أن الغاصب لايبرأ إلا بالرد على أحدهما لابالعود ، فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر ، وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما فى العناية بوجه آخر حيث قال : لايقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحته بالنظر إلى ما نحن فيه . نعم قد يكون المستأجر الذى فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه . أقول : ليس ذاك بمستقيم لأن قولهم والغاصب لايبرأ إلا بالرد على المالك أو نائبه فى حيز الكبرى من الشكل الأول بأن يقال : المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة ، وكل غاصب لايبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو نائبه فهو لايبرأ عنه إلا بأحدهما ، ولم يوجد هنا شىء منهما ، فظهور صحة الحصر بالنظر إلى ما نحن فيه لايفيد صحته بالنظر إلى كلية الكبرى والكلام فيها ، ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه أن المستأجر فيما نحن فيه لايبرأ إلا بالرد على أحدهما ، لأن الغاصب مطلقا لايبرأ إلا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه . فإن قيل : يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب فى النقض هو المستأجر الذى استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لاغاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا . قلنا : فلا يصح الحصر المزبور إذ ذاك بالنظر إلى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب . فالمخلص فى الجملة لتصحيح ما فى العناية إنما هو حمل الحصر على القصر الإضافى كما نبهنا عليه من قبل . قال فى النهاية : فإن قلت : إلحاق الإجارة بالعارية فى حكم الضمان غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير ، وكذلك موَّنة الرد على المالك فى الإجارة كما فى الوديعة بخلاف الإعارة. قلت : هذا هو الذى تشبث به عيسى بن أبان فى الطعن فى جواب الكتاب ، ولكنا نقول : رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة ، وذلك لايدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان الغرور ، وكذلك موَّنة الرد عليه لما قلنا من

ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفا (وإن أوكفه بإكاف لايوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا فى السرج) إنه لم يتناوله الإذن . (وهذا أولى) لأنه من خلاف جنسه (وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر يضمن عند أبى حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن . وذكر فى الإجارات يضمن بقدر ما زاد . فمن المشايخ من قال : ليس فى المسئلة روايتان ، وإنما المطلق محمول على المفسر ، ومنهم من قال فيها روايتان : فى رواية الإجارات يضمن بقدر ما زاد ، وفى رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة . قال شيخ الإسلام: وهذا أصح . وتكلموا فى معنى قول أبى يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة . فمنهم من قال : المراد المساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها ، ومنهم من قال : معناه بحسابه فى الثقل والخفة حتى إذا كان وزن السرج منوين والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثى قيمتها ، وإليه أشار المصنف فى الدليل حيث قال (لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به ، إلا إذا كان زائدا على السرج فى الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بها فصار كالزيادة فى الحمل المسمى إذا كان من جنسه . ولأبى حنيفة أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وينبسط أحدهما على الظهر أكثر من الآخر) فصار كما لو سمى

فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة . قال (وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه ، وإن بلغ فله الأجر) وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد ، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة . قال (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البرّ ضمن) لفحش التفاوت بين البرّ والبحر (وإن بلغ فله الأجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى . قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها)

المنفعة له في النقل ، فأما يد المستأجر يد نفسه لأنه هو المنتفع في استمساك العين المستأجر ، إذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ماله من الأجرة اهـ . وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح ، وعزاه في الكفاية إلى المبسوط . وقال في العناية : قيل إلحاق الإعارة بالإجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما ، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة . والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الإلحاق ، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود ، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة اهـ . أقول : هذا الجواب ليس بمستقيم ، لأن الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للإلحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن ، بل لا يكون ذلك مناطا للإلحاق في حكم الضمان ، فإن يد المستأجر إن كان كيد المالك كان تعدّي المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدّي المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم إلحاق واحدة من الإجارة والعارية بالأخرى . فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية : فيه نظر ، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال

حنطة وحمل بوزنها شعيرا فإنه يضمن لأن الشعير ينبسط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا) وقوله (كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظر ، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال ، إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه (ومن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخلو إما أن يكون ما سلكه مما يسلكه الناس أولا فإن كان الأول ، فإما أن يكون بين الطريقين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعر أو أخوف أو نحو ذلك أولا ، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه لأن التقييد إذ ذاك غير مفيد ، وإن كان الأول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا . فإن قيل : محمد أطلق الرواية لأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل . أجاب بقوله (إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وإن كان الثاني : أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا ، وإذا بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البرّ ضمن لفحش التفاوت بين البرّ والبحر) حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البرّ دون البحر ، فإن بلغ فله الأجر) لأنه ارتفع الخلاف بحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وإن بقي صورة . قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة الخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالأرض وما هو أقل منه يوجب الأجر لأنه موافقة أو مخالفة إلى خير وزرع ما هو أضرّ بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فمخالفة إلى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ، ويسقط الأجر لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدّي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي

لأن الرطاب أضرّ بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شرّ فيضمن ما نقصها (ولا أجر له) لأنه غاصب للأرض على ما قررناه . قال (ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء ، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لايجاوز به درهما) قيل : معناه القرطف الذى هو ذو طاق واحد ، لأنه يستعمل استعمال القميص ، وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان فى المنفعة . وعن أبى حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لأن القباء خلاف جنس القميص . ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشدّ وسطه ، فمن هذا الوجه يكون مخالفا لأن القميص لايشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أىّ الجهتين شاء ، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة . ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم فى سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه فى بابه إن شاء الله تعالى . ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت فى المنفعة ، والأصح أنه يخير للاتحاد فى أصل المنفعة وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فإنه يخير كذا هذا ، والله أعلم .

(باب الإجارة الفاسدة)

قال (الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لأنه بمنزلته ، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب فى الإجارة الفاسدة أجر المثل لايجاوز به المسمى) وقال زفر والشافعى : يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان .

إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه اه . وقال الشارح العينى بعد نقل ما قاله صاحب العناية : قلت : ليس فيه عكس ، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لايأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة وهذا ظاهر اه . أقول : بل فساد كلامه ظاهر ، لأن تعليله ينافى ما ادّعاه ، فإن الحديد الذى هو قدر وزن الحنطة المشروطة إذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرطه له فى العقد وهو الحنطة ، وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار وهو الإكاف أكثر انبساطا مما عين له فى العقد وهو السرج ، وهو عكس ذلك لا محالة .

(باب الإجارة الفاسدة)

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لايحتاج إلى معذرة لوقوعها فى محلها كما لايخفى (قوله والواجب فى الإجارة الفاسدة أجر المثل لايجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح : أى الواجب فيها هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى ، وقالوا : هذا الحكم

الملزومات . وقوله (ومن دفع إلى خياط ثوبا) ظاهر . وقوله (وينتفع به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحرّ والبرد . وقوله (لقصور جهة الموافقة) لأن صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء ، والباقى ظاهر .

(باب الإجارة الفاسدة)

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لايحتاج إلى معذرة لوقوعها فى محلها . قال (الإجارة تفسدها الشروط) تفسد الإجارة

(قوله لأن صاحب الثوب الخ) أقول : تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ماعلل بقوله لقصور جهة الموافقة : أى يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لأن صاحب الثوب الخ .

(باب الإجارة الفاسدة)

ولنا أن المنافع لاتتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منها ، إلا أن الفاسد تبع له ، ويعتبر ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة ، لكنهما إذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع لأن العين متقومة فى نفسها وهى الموجب الأصلى ، فإن

إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية ، لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغا ما بلغ كما صرح به فى الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان . وقال صاحب العناية : والواجب فى الإجارة التى فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى ، وقال : إنما جعلت اللام فى قوله فى الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعا لما قيل الأقل من الأجر ومن المسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، نقله فى النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان اهـ كلامه . أقول : فيه شىء . أما أولا فلأن قوله والواجب فى الإجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدورى فى مختصره ، ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام فى قوله المذكور للعهد ، لأن قوله الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر فى مختصره قبيل قوله المذكور ، بل ذكر قبل مقدار الورقتين ، ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الإجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط ، فلا معنى لأن يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام فى قوله المذكور للعهد . نعم قد ذكر ذلك فى البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام فى تصحيح كلام القدورى . وأما ثانيا فلأنه لو كان اللام فى القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور فى باب الإجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الإجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط ، وأن يكون حكم باقى

بالشروط التى فساد البيع بها لأنها بمنزلته فى كون كل واحد منهما يقبل الإقالة والفسخ ، والواجب فى الإجارة التى فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى ، وإنما جعلت اللام فى قوله فى الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغا ما بلغ نقله فى النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيخان . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الأعيان ، فإن البيع إذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت ، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان . ولنا أن تقوّم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد ، والضرورى يتقدر بقدر الضرورة ، والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها . وهذا كما ترى

(قوله وإنما جعلت اللام فى قوله فى الإجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفعا لما قيل : الأقل من الأجر والمسمى إنما يجب إذا فسدت بشرط ، أما إذا فسدت لجهالة المسمى الخ) أقول : وإن كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم ، كما إذا استأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها ، وقالوا : إذا استأجر الدار على أن لايسكنها المستأجر فسدت الإجارة ، ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ ، كذا فى شرح الزيلعى فتأمل . إذا كان الحال ما سمعت هل يندفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد ؟ قال فى المحيط البرهانى : إذا تكارى دارا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة لأنه شرط فى الإجارة ما لايقتضيه العقد ، وللمؤاجر فيه منفعة ، فإنه إذا لم يسكن فيها المستأجر لايمتلئ بئر الوضوء والمخرج ، وإذا سكن يمتلئ ، وإصلاح ذلك على الآجر فكان للآجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى . قال الإتقانى فى شرح قوله : ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف الخ : لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لاتسكنها فسدت هذه الإجارة ، وإن سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص عنه ، وهذا أيضا يرجع إلى جهالة المسمى فى الحقيقة ، كذا قال الإمام فخر الدين قاضيخان انتهى . ولعل وجهه أن العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع ، حيث شرط المستأجر أن لايسكن ، ولا بمقابلة التسليم لأنه لايتحقق مع فساد العقد ، لأن التسليم هو التخلية وهى التمكين كما سيجىء ، وذلك لايتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسى من العباد وقد مر ، فإذا سكن فقد استوفى منافع ليس فى مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، كما إذا لم يذكر فى العقد تسمية أصلا ، ولا ينقص عن المسمى لأن المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع ، فعند الانتفاع أولى فليتدبر ، والله الهادى (قوله بالغا ما بلغ) أقول : لانتفاء المرجح ثمة (قال المصنف : لأن الفاسد تبع له) أقول : ينبغى أن يكون هاهنا مقدمة مطوية مثل أن يقال : ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد ، وفى بعض النسخ : إلا أن الفاسد تبع له ،

صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا . قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور ، إلا أن يسمى جملة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما

أنواعها وهى ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالإجماع ، وما فسد بالشيوع عند أبى حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين أصلا لا فى مختصر القدورى ولا فى البداية ولا فى الهداية ولا فى عامة المعتبرات ، وهذا مما لاتقبله الفطرة السليمة . وأما ثالثا فلأنه إن اندفع بجعل اللام فى القول المذكور للعهد ماقيل على الوجه الذى ذكره . يرد عليه أن يقال من الإجارة الفاسدة بالشروط مالا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ ، كما إذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على أن يرمها المستأجر فإن الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغا ما بلغ ، صرح به فى فتاوى قاضيخان وغيرها . وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن فتاوى قاضيخان إلى غير ذلك من النظائر التى صرح بها فى المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب فى الإجارة التى فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى . ثم أقول : الحق عندى أن اللام فى القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية ، بل هو للاستغراق أو الجنس ، وأنه لاحاجة إلى تقييد الحكم المذكور بأنه فيما إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد لاباعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب إليه جمهور الشراح ، وذلك لأن معنى الكلام أن الواجب فى الإجارة الفاسدة أجر المثل لايجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم ، لأن مجاوزة المسمى إنما تتصور فيه ، فإنه إذا لم يكن هناك أجر مسمى أوكان المسمى مجهولا لايمكن أن يجاوز المسمى بشىء أصلا للقطع بأن المجاوزة تقتضى الحد المعلوم فيلغو أن يقال هناك : لايجاوز المسمى بأجر المثل ، فصار ملخص المعنى أن الواجب فى الإجارة الفاسدة أجر المثل ، إلا أن يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لايجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما ، فعلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم ، ووجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم . والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا ، وإذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهوقوله لايجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الإجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية فى الكتاب ، ولا يلزم شىء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية الشهور) قال تاج الشريعة : فإن قلت : لوكان فاسدا لجاز الفسخ فى الحال : قلت : الإجارة من العقود المضافة ، وانعقاد الإجارة فى أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى ، وتبعه الشارح العينى فى السؤال والجواب . أقول : فى الجواب نظر ، لأن انعقاد الإجارة وإن كان فى أول الشهر إلا أن عقدها قد تحقق فى الحال بالإيجاب والقبول فلم لايكفى فى جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد ، وقد مر

يقتضى عدم اعتبار الإجارة الفاسدة ، إلا أن الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت فى الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل ، وهذا يقتضى لزوم الأجر المسمى بالغا مابلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار فى الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضى لزوم الأجر المسمى بالغا ما بلغ ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ماهو الأقل من أجر المثل والمسمى ، بخلاف البيع فإن العين متقوم فى نفسه ، وهو أى القيمة هو الموجب الأصلى ، وإنما ذكره لتذكير الخبر ، فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح فى شهر واحد إلا أن يسمى جملة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن

وهذه النسخة ظاهرة (قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول : أى مجهول (قوله ومحصورا ترجيح بلا مرجح) أقول : فيه مسامحة ، والمراد فى اعتباره ترجيح بلا مرجح . . .

فصح العقد فيه ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمى جملة شهور معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة . قال (وإن سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضى ، وكذلك كل شهر سكن فى أوله ساعة) لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى ؛ إلا أن الذى ذكره فى الكتاب هو القياس ، وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الأولى من الشهر الثانى ويومها لأن فى اعتبار الأول بعض الحرج . قال (وإن استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم ، ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى

فى أول كتاب الإجارة أن الإجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ، فقالوا فى توجيه تراخى الانعقاد إلى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته فى الحال وهى العقد أن الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية فى جواز انفكاكها من معلولاتها ، فلو لم يجز الفسخ قبل أوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذى هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الإجارة الصحيحة أيضا بعذر أو عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها ، فإنه إذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد فى حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر إليه ، مع أنه لاشك فى جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة ، وسيجىء فى الكتاب (قوله وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال فى المحيط البرهانى : وفى الأصل إذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فإن أبا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة فى رأس الشهر ، فإن سكن يوما أو يومين لزمه الإجارة فى الشهر الثانى . واختلفت عبارة المشايخ فى تخريج المسئلة . بعضهم قال : أراد بقوله جائز أن الإجارة فى الشهر الأول جائزة ، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة لجهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثانى ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة فى رأس الشهر جازت الإجارة فى الشهر الثانى ، لأن الشهر الثانى صار كالشهر الأول . وبعضهم قال لا ، بل الإجارة جائزة فى الشهر الثانى والثالث كما جازت فى الشهر الأول ، وإطلاق محمد رحمه الله فى الكتاب يدل عليه وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر ، وإنما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر ، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الإجارة أن لاتزيل الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ، ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر لزال رقبة المستأجر

(فصح العقد فيه ، وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقض بمحضر الآخر أولا ؟ اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من يقول إنه لايصح من غير محضر صاحبه على قول أبى حنيفة ومحمد ، ويصح على قول أبى يوسف ومنهم من يقول إنه لايصح بغير محضره بلا خلاف ، ووجه ذلك مذكور فى المطولات (فإن سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضى الشهر ، وكذا كل شهر سكن فى أوله لأنه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى فى أوله ، إلا أن الذى ذكره فى الكتاب) أى القدورى (هو القياس ، وإليه مال بعض المتأخرين ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الأولى ويومها من الشهر الثانى ، لأن فى اعتبار الأول بعض الحرج) واختلفوا فى كيفية الفسخ فى رأس الشهر الثانى بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التى يهل فيها الهلال ، فكما أهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضى مدة الخيار . وقيل ذلك فسخ قبل مجىء وقته وكلاهما لايجوز . وذكروا للملك طرقا ثلاثة : منها أن يقول الذى يريد به الفسخ فى خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد إذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا إلى رأس الشهر ، وعقد الإجارة يصح مضافا فكذا فسخه (فإن استأجر دارا سنة بعشر دراهم صح وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه)

عن ملك المؤجر معنى لأنه لايملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لأنه لانهاية لجملة الشهور وهذا لايجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضىّ فى رأس كل شهر ، وإن كانت الإجارة جارة فى الشهر وفيما زاد على الشهر.

وقال : إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا فى كيفية إمكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر ، وإنما اختلفوا لأن رأس الشهر فى الحقيقة عبارة عن الساعة التى يهلّ فيها الهلال فكما أهلّ الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك المضىّ وقت الخيار ، وقبل ذلك لايمكنه الفسخ لأنه لم يجىء وقته . والصحيح فى هذا أحد الطرق الثلاثة : إما أن يقول الذى يريد الفسخ قبل مضىّ المدة فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر ، وإذا انقضى الشهر وأهلّ الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لأنه لم يجد نفاذا فى وقته ، والفسخ إذا لم يجد نفاذا فى وقته يتوقف إلى وقت نفاذه ، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخى ، ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله فى البيوع : اشترى عبدا على أنه بالخيار فحمّ العبد وفسخ المشترى العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ ، بل يتوقف إلى أن تزول الحمى فى مدة الخيار. وقال فى المضاربة : ربّ المال إذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ، كذا هاهنا ، أو يقول : الذى يريد الفسخ فى خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد إذا أهلّ الهلال ، ويكون هذا فسخا مضافا إلى رأس الشهر وعقد الإجارة يصح مضافا ، فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذى يريد الفسخ فى الليلة التى يهلّ فيها الهلال ويومها ، وهذا القائل يقول : لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهل فيها الهلال ، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهى الليلة التى يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله فى كتاب الأيمان : إذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه فى الليلة التى يهلّ فيها الهلال أو فى يومها لم يحنث استحسانا ، إلى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع إجمال منه.

أقول : لقائل أن يقول : الطريق الأول والثانى من الطرق الثلاثة المذكورة مما لايساعده عبارة الأئمة فى وضع هذه المسئلة ، فإن محمدا رحمه الله قال فى الأصل : ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة فى رأس الشهر . والإمام قاضيخان قال فى فتاواه : رجل آجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة عند تمام الشهر ، والمصنف قال هاهنا ، وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثانى لا قبل ذلك ، ودلالة ذينك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ فى خلال الشهر الأول قبل تمامه . وأقول : يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره فى ذينك الطريقين أيضا عند أن ينقضى الشهر الأول وأهل هلال الشهر الثانى وإن كان التكلم بالفسخ فيهما فى خلال الشهر الأول فيجوز أن تكون تلك العبارات فى وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الأول ودخول رأس الشهر الثانى . هذا غاية ما يمكن فى توجيه الطريقين المزبورين وإن كان ينبو عنه ظاهر اللفظ . ثم إن الإمام الزيلعى ردّ على من قال من المشايخ فى تخريج هذه المسئلة إن العقد جائز فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس من غير نكير منكر ، إلا أن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال فى شرح الكنز : ولا معنى لقول من قال من المشايخ إن العقد صحيح فى الشهر الثانى والثالث أيضا لتعامل الناس ، لأن التعامل إذا كان مخالفا للدليل لايعتبر انتهى . أقول : بل لامعنى لما قاله الزيلعى لأن التعامل إذا وقع من غير نكير منكر فقد حلّ محل الإجماع ، وفيما نحن فيه وقع كذلك على ماصرح به من قال من المشايخ بجواز العقد فى كل الشهور ، والإجماع دليل قطعى والدليل الذى خالفه التعامل هاهنا إنما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس ، والقياس دليل ظنى لايصلح لمعارضة الدليل القطعى أصلا ، فضلا عن أن لايعتبر القطعى فى مقابلته ، على أنه قد تقرر عندهم أن الجهالة المفسدة للعقد إنما هى الجهالة المفضية إلى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر فى البيوع ، وجهالة المدة فيما

وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذى استأجره لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء فأشبه اليمين ، بخلاف الصوم لأن الليالى ليست بمحل له (ثم إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة) لأنها هى الأصل (وإن كان فى أثناء الشهر فالكل بالأيام) عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف . وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف الأول بالأيام والباقى بالأهلة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة فى الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثانى بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ، ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق . قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين . قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وأما الحجام فلما روى « أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الأجرة » ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا .

نحن فيه ليست بمفضية إلى النزاع ، إذ لكل واحد منهما نقض العقد فى رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء) قال صاحب العناية فى تعليله لذكر الشهور منكورا ،وتبعه الشارح العينى . أقول : ليس ذلك بسديد . أما أولا فلأن المذكور فى المسئلة هو السنة دون الشهور . وأما ثانيا فلأن المذكور فى مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور مع أن الجواب مختلف . والصواب فى تعليل ذلك أن يقال : لأن كل الأوقات محل للإجارة ، إذ لا منافاة بين الإجارة وبين وقت منا أصلا ، فإن هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لأن الليالى ليس بمحل له تبصر (قوله ثم إن كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول : أى يبصر الهلال وقال : أراد به اليوم الأول ، ورد عليه صاحب الغاية حيث قال : فسر بعضهم فى شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الأول ، وفيه نظر لأنه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر ، انتهى كلامه . أقول : نظره ساقط ، لأن

بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذى استأجره لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة سواء) لذكر الشهر منكورا وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب (كما فى الأيمان) كما إذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال ، لأن الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما إذا قال لله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذى يتعقب نذره ما لم يعينه ، لأن الأوقات كلها ليست فيه على السواء (لأن الليالى ليست بمحل له) توضيحه أن الشروع فى الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم إن كان العقد حين يهل الهلال) على بناء المفعول أى يبصر (فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها الأصل) فى الشهور العربية ، فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار إلى غيره (وإن كان فى أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف) ثلاثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف أن الأول بالأيام والباقى بالأهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالأيام يكمل ما بقى من الشهر الأول من الشهر الأخير (لأن الأيام يصار إليها ضرورة والضرورة فى الأول منها) فلا يتعدى إلى غيره (ولأبى حنيفة أن تمام الأول واجب ضرورة تسميته شهرا ، وتمامه إنما يكون ببعض الثانى ، فإذا تم الأول بالأيام ابتدأ الثانى بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ، ونظيره العدة وقد مر فى الطلاق) قال صاحب النهاية : هذه حوالة غير رائجة ، فإن مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبى حنيفة رحمه الله بالأيام وعندهما الباقى بعد الأول والأخير بالأشهر لم يمر فى الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه ، لأن المصنف قال فى كتاب الطلاق : ثم إن كان الطلاق بالأهلة فى أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق التفريق وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة ، وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة وهى مسئلة الإجارات . قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام الخ) استئجار الحمام والحجام وأخذ أجرتهما جائز . أما الحمام فلجريان العرف بذلك

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول : فيه بحث ، فإن النذر أيضا كذلك .

قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الإناث لقوله عليه الصلاة والسلام « إن من السحت عسب التيس » والمراد أخذ الأجرة عليه . قال (ولا الاستئجار على الأذان والحج ، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لايجوز الاستئجار عليه عندنا . وعند الشافعى رحمه الله يصح فى كل مالا يتعين على الأجير لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله : أى يبصر الهلال ، فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهلّ الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا ، وليس مراده بقوله أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله حين يهلّ الهلال ، إذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا ، بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال فى هذه المسئلة معناه الحقيقى وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه ، بل المراد به معناه العرفى وهو اليوم الأول من الشهر ، وهذا نظير ما قالوا فى المسئلة الأولى لم يرد محمد رحمه الله برأس الشهر فى قوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التى يهلّ فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التى يهلّ فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه

والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لإجماع المسلمين . قال صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وأما الحجام فلما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة » ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا ، وإنما ذكرهما فى الإجارة الفاسدة مع كونه جائزا لأن لبعض الناس فيه خلافا ، فإن بعض العلماء كره غلة الحمام آخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم « الحمام شرّ بيت » ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لأنهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار . وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام ، وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضى الله عنهما والحسن والنخعى رحمهما الله . وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن من السحت عسب التيس ومهر البغىّ وكسب الحجام » والصحيح عند عامة العلماء أنه لابأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة ، والحاجة فى حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ، ولا تتمكن من ذلك فى الأنهار والحياض تمكن الرجال ، وقد صح « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة » . وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة ، فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ، ولا كراهة فى غلته كما لا كراهة فى غلة الدور والحوانيت . والنهى فى كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر فى آخر حديث أبى هريرة رضى الله عنه « فأتاه رجل من الأنصار فقال : إن لى ناضحا وحجاما أفأعلف ناضحى من كسبه ؟ قال نعم ، وأتاه آخر فقال : إن لى عيالا وحجاما أفأطعم عيالى من كسبه ؟ قال نعم » فالرخصة بعد النهى دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل) أى ضرابه (وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الإناث) وخرّج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها ، وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو إليه فكان جائزا كاستئجار الظئر للإرضاع . قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم « إن من السحت عسب التيس ») رواه البخارى (ومراده أخذ الأجرة عليه ، ولا يجوز الاستئجار على الأذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) إشارة إلى الاحتراز عما لو تعين الشخص للإمامة والإفتاء والتعليم فإنه لايجوز استئجاره بالإجماع

(قال المصنف : وهو أن يؤجر فحلا) أقول : كأن المصنف يريد أن فى الكلام مجازا حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفحل كإطلاق المرسن وإرادة مطلق الأنف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفحل : أى ضرابه ، وهو أن يؤجر فحلا لينزو على الإناث) أقول : قوله وهو أن يؤجر فحلا الخ يدل على أن العسب بمعنى الإكراء على ما ذكره أرباب اللغة ، فلا وجه لتفسير الشارح بقوله : أى ضرابه ، ويجوز أن يقال : ظاهر إضافة الأجرة إلى العسب يقتضى أن يكون العسب بمعنى الضراب ، فقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام (قال المصنف : ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول : أى المراد من عسب التيس : يعنى أن المضاف مقدر . وفى الصحاح : العسب الكراء الذى يؤخذ على ضراب الفحل . و « نهى عن عسب الفحل » تقول : عسب فحله يعسبه : أى أكراه ، وعسب الفحل أيضا : ضرابه ، ويقال ماؤه

« اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به » وفى آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عثمان بن أبى العاص « وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا » ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما فى الصوم والصلاة ، ولأن التعليم مما لايقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما مالايقدر على تسليمه فلا يصح. وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التوانى فى الأمور الدينية ، ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى . قال (ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح ، وكذا سائر الملاهى) لأنه استئجار على المعصية والمعصية لاتستحق بالعقد . قال (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبى حنيفة إلا من الشريك ، وقالا : إجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤاجر نصيبا من داره أو نصيبه من

النظر المزبور أصلا (قوله ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول : ينتقض هذا بما ذكره المصنف فى باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال : ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه ، وبذلك تشهد الأخبار الواردة فى الباب كحديث الخثعمية فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيه « حجى عن أبيك واعتمرى » فإن ذلك صريح فى وقوع القربة عن غير العامل . قال صاحب الكافى فى تقرير هذا الدليل : ولأن القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اهـ . أقول : يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافى أيضا فى أول باب الحج عن الغير من أن الأصل أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن أقرّ بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ » فجعل ثواب تضحية إحدى الشاتين لأمته اهـ فليتأمل (قوله لأن التعليم مما لايقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما مالايقدر على تسليمه فلا يصح) أقول : فيه بحث ، لأنه إن أريد أن المعلم لايستقل فى التعليم بشىء أصلا فهو ممنوع ، فإن التلقين والإلقاء فعل المعلم وحده لامدخل فيه للمتعلم ، وإنما وظيفته الأخذ والفهم ، وإن أريد أن للمتعلم أيضا مدخلا فى ظهور أثر التعليم وفائدته فإن المتعلم مالم يأخذما ألقاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ، ولكن الذى يلتزمه المعلم إنما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ، ولا مانع من أخذ الأجرة على فعل نفسه كما لايخفى . فإن قلت : التعليم والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر فى بعض الكتب ، فيئول أخذ الأجرة على التعليم إلى أخذها على التعلم الذى هو فعل الغير . قلت : اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ، ولو سلم كفى التغاير الاعتبارى لنا إذ لاشك فى اختلاف التعليم والتعلم فى كثير من الأحكام فليكن فى أخذ الأجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا : استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التوانى فى الأمور الدينية ، ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول : فيما ذهب إليه هؤلاء المشايخ إشكال ، وهو أن مقتضى الدليل الثانى والدليل الثالث المارين آنفا أن لايمكن تحقق ماهية الإجارة وهى تمليك المنافع بعوض

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم) يعنى فى زماننا ، وجوّزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى ، وعند عدم الاستئجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التوانى فى الأمور الدينية ، ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا : إنما كره المتقدمون ذلك لأنه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لابد لهم من أمر معاشهم ، وقد كان فى الناس رغبة فى التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك . وقال أبو عبد الله الخيزاخزى : يجوز فى زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة ، ذكره فى الذخيرة (ولا يجوز الاستئجار على سائر الملاهى لأنه استئجار على المعصية والمعصية لاتستحق بالعقد) فإنه لو استحقت به لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا إلى الشرع وهو باطل . قال (ولا يجوز إجارة المشاع عند أبى حنيفة إلا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول : قوله عقابا مفعول يستحق .

دار مشتركة من غير الشريك . لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل ، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبى حنيفة أنه آجر ما لايقدر على تسليمه فلا يجوز ، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لايتصور ، والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذى يحصل به التمكن ولا تمكن فى المشاع ، بخلاف البيع لحصول التمكن فيه ، وأما التهايؤ فإنما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك ، وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشىء يسبقه ، ولا يعتبر المتراخى سابقا ،

فى الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة ، فكيف يصح استحسان الاستئجار فى هاتيك الصور ، وصحة استحسانه فرع إمكان تحقق ماهية الإجارة كما لايخفى فليتأمل فى دفع هذا الإشكال القوى لعله مما تسكب فيه العبرات إلا أن لايسلم صحة ذينك الدليلين (قوله وأما التهايؤ فإنما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك ، إلى قوله لا يعتبر المتراخى سابقا) هذا جواب عن قولهما أو بالتهايؤ . وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ، ولا يمكن إثباته بالتهايؤ لأنه لايمكن أن يكون ثبوت الشىء بما يتأخر عنه ثبوتا ، كذا فى العناية . واعترض بعض الفضلاء على مافى الهداية وعلى مافى العناية ، أما على مافى الهداية فبأن قال فيه بحث فإنهما لم يقولا إن التهايؤ هو القدرة على التسليم ، بل يقولان يتحقق التسليم به ، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال فى التهايؤ ، وأما على ما فى العناية فبأن قال يجوز ثبوت العلم بالشىء بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه اهـ . أقول : كل واحد منهما ساقط . أما الأول فلأنه كلام خال عن التحصيل لأن ما ذكره هاهنا من قبل أبى حنيفة ليس بمبنىّ على أن يكون مدار ما قاله صاحباه على أن التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لم يقولا إن التهايؤ هو القدرة ، بل قالا يتحقق التسليم به ، بل ذاك مبنىّ على أن قولهما أو بالتهايؤ فى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية

نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبى حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا : يجوز لأن المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وما له منفعة يرد عليه عقد الإجارة لأنه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتف لأنه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ، فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبى حنيفة أنه آجر مالا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين : أحدهما أن يكون معارضة ، وتقريره آجر مالا يقدر على تسليمه (لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمة كالدار أو لا كالعبد (غير متصور) وما لايتصور تسليمه لاتصح إجارته لعدم الانتفاع به ، والإجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم . والثانى أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فإنه آجر مالا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة . وقوله (والتخلية) جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية . ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت ، بل لكونها تمكينا (وهو) أى التمكين هو (الفعل الذى يحصل به التمكن) فكأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكن (والتمكن فى المشاع غير حاصل) ففات المعلول ، وإذا فات المعلول لامعتبر بالعلة (بخلاف البيع) فإن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا . وقوله (وأما التهايؤ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ . وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ، ولا يمكن

(قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول : وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقريره آجر ما لايقدر على تسليمه) أقول : يعنى على تسليمه وحده (قوله وما لايتصور تسليمه) أقول : يعنى وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول : أى لعدم الانتفاع به على الوجه الذى يقتضيه العقد فلا يرد شىء (قوله وتقريره لانسلم انتفاع المانع) أقول : فعلى هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة فى السند (قال المصنف : وأما التهايؤ فإنما يستحق حكما للعقد وبواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول : فيه بحث ، فإنهما لم يقولا إن التهايؤ هو القدرة على التسليم ، بل يقولان يتحقق التسليم به ، فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال فى التهايؤ .

وبخلاف ما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع ، والاختلاف فى النسبة لايضره ، على أنه لايصح فى رواية الحسن عنه ، وبخلاف الشيوع الطارئ لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء ، وبخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ .

أو بالتهايؤ يقتضى جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فير دعليه من قبله أن يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متأخر عن تحقق العقد لأنه إنما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك ، والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر ، وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخى سابقا ولا غبار عليه أصلا . وأما الثانى فلأنه لاشك فى جواز ثبوت العلم بالشىء بما يتأخر عنه ثبوتا كما فى الاستدلال من الأثر على المؤثر ، ولكن ما نحن بصدده ليس منه لامحالة ، إذ لايشك عاقل فى أن ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ أن ثبوت العلم بإمكان التسليم بالتخلية أو بالتهايؤ ، بل معناه أن ثبوت نفس إمكان التسليم : أى القدرة عليه بالتخلية أو بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك ، فكان المراد به أيضا ما أريد به هنالك (قوله وبخلاف الشيوع الطارئ لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) قال صاحب العناية : ليس لقوله هذا تعلق ظاهرا إلا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين ، لكن فى قوله وبخلاف ما إذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن مقصود المصنف من قوله هذا دفع إشكال يرد على دليل أبى حنيفة ، وهو أن الشيوع الطارئ لايفسد الإجارة بالإجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضا ، ولا شك أن لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج إلى أن يجعل تمهيدا لما بعده (قوله وبخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال تاج الشريعة : فإن قلت : الشيوع

إثباته بالتهايؤ لأنه لايمكن أن يكون ثبوت الشىء بما يتأخر عنه ثبوتا . وقوله (وبخلاف ما إذا آجر من شريكه) جواب عن قولهما فصار كما إذا آجر من شريكه ، ووجهه أنه إذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع) وفيه نظر ، لأنه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز . وأجيب بأن المراد لاشيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفى شيوع موصوف ، ويجوز أن يكون الشيوع مانعا لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لايحصل فى الشائع ، كما تقدم أن الشريك والأجنبى فيه سواء ، ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لأنه فى الشائع غير متصور ، والشريك والأجنبى فيه سواء . وأما هاهنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة ، وإنما يتعذر التسليم وذلك لايوجد فى حق الشريك . وقوله (والاختلاف فى النسبة لايضره) جواب عما يقال : سلمنا أن الكل يحدث على ملكه ، لكن على اختلاف مع النسبة لأن الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا . ووجه ذلك أن الاختلاف فى السبب غير معتبر إذا اتحد المقصود ، على أنا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية . وقوله (وبخلاف الشيوع الطارئ) بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الإجارة فى نصيب الحى شائعا فى ظاهر الرواية (لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) لأن القدرة لوجوب التسليم ، ووجوبه فى الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهرا إلا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين ، لكنه فى قوله وبخلاف ما إذا آجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل . وقوله (وبخلاف ما إذا آجر من رجلين) جواب عن ذلك ، ووجهه ما قال (إن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) فإن قيل : لانسلم أنه طارئ بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساعة . أجيب

(قوله لأنه لايمكن أن يكون ثبوت الشىء بما يتأخر عنه ثبوتا) أقول : يجوز ثبوت العلم بالشىء بما يتأخر عنه ثبوتا ، وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لاشيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول : فيه تأمل (قوله لأنه فى الشائع غير متصور الخ) أقول : فيه بحث (قوله ليس له تعلق ظاهرا) أقول : خبر لقوله وقوله وبخلاف الشيوع الخ (قوله إلا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول : الظاهر أنه جواب لما عسى يستدل به الإمامان على مدعاهما بجواز الإجارة فى صورة الشيوع الطارئ

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة)

مقارن لا طارئ فإنها عقد مضاف يعقد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن . قلت : بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه. ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال : فإن قيل : لانسلم أنه طارئ بل هو مقارن لأنها تنعقد ساعة فساعة. أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا . وقال : وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم فى الوكالة ، على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول لابقاء للعقد فيها اهـ. أقول : كل من أصل رده وعلاوته فاسد . أما الأول فلأن قول المجيب لأنها عقد لازم ناظر إلى قوله دون وجه ، أو إلى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع ، لا إلى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى ، فمعنى الجواب أن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لأنها عقد لازم ، فإن العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه ، فإذا لم يكن لبقاء الإجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن . والحاصل أن مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثانى دون الأول ، وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى فى تقرير الجواب قول المجيب دون وجه ، ولم يدر أن الجواب حينئذ لايكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق . وأما الثانى فلأن ثبوت البقاء لعقد الإجارة مما لم ينازع فيه أحد ، فإن الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة فى إضافة العقد إليها ، وأن العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة ، وإنما الذى يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد فى حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا ، وهذا مع كونه معلوما مما تقرر فى صدر كتاب الإجارة منكشف بما ذكر هاهنا فى الكافى وكثير من الشروح ، وهو أن الشيوع الطارئ بأن آجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن آجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد فى حق الحىّ فى رواية الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبى حنيفة ، لأن الإجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع ، فكان هذا فى معنى الشيوع المقترن بالعقد . وفى ظاهر الرواية يبقى العقد فى حق الحىّ لأن تجدد الانعقاد فى حق المعقود عليه . فأما أصل العقد فمنعقد لازم فى الحال ، وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن ، كما فى الهبة إذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع فى نصفها ، انتهى ما فى الكافى وكثير من الشروح ، وهكذا ذكر فى المبسوط والأسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال فى النهاية : اعلم أن القياس يأبى جواز إجارة الظئر لأنها ترد على استهلاك

بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم فلا يكون مقارنا ، وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم فى الوكالة ، على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول : لابقاء للعقد فيها . والصواب أن يقال : الطريان إنما هو على التسليم لاعلى العقد وذلك مما لايشك فيه . قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى ـ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ـ يعنى بعد الطلاق ،

بأن يموت أحد المؤاجرين بعد ما آجرا دارا لهما من رجل مثلا وإن لم يكن مذكورا فى تفسير دليلهما فى هذا الكتاب إلا أن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لأن العقد الغير اللازم هو الذى يكون البقاء فيه حكم الابتداء) أقول: لعل مراد المجيب أن بقاء الإجارة له حكم الابتداء فى جعل المعقود عليه الغير المستأجر ، وقوله لأنها عقد لازم يريد أن إقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما فى سائر العقود ، وقوله من وجه يومئ إلى ماذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم فى الوكالة) أقول : فى باب عزل الوكيل (قوله وإنما الخصم يقول لابقاء للعقد فيها) أقول : لامعتبر لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان إنما هو على التسليم لاعلى العقد) أقول : يوضحه أنه إذا عقد الإجارة مع الرجلين فات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الإجارة فى حق الحى وإن كان ذلك حال بقاء العقد (قوله يعنى بعد الطلاق) أقول: يعنى بعد الطلاق البائن، إذ لايجوز بعد الطلاق الرجعى قبل انقضاء العدة .

لقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولأن التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرّهم عليه . ثم قيل : إن العقد يقع على المنافع وهى خدمتها للصبىّ والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ فى الثوب . وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة . ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لاتستحق الأجر .

العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها ، لكن جوّزناها استحسانا لقوله تعالى ـ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ـ وهذا العقد لايرد على العين وهو اللبن مقصودا ، وإنما يقع على فعل التربية و الحضانة وخدمة الصبىّ ، واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الأشياء ومثل هذا جائز ، كما لو استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فإنها جائزة . وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا ، فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصودا ، وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصودا ، كذا فى الذخيرة إلى هنا لفظ النهاية . أقول : هذا تحرير ركيك بل مختل ، لأن المشايخ قد كانوا مختلفين فى أن المعقود عليه فى استئجار الظئر ما ذا ؟ فقال بعضهم هو المنافع وهى خدمتها للصبىّ ، واللبن يقع كالصبغ فى الثوب . وقال بعضهم : واللبن والخدمة تابعة على ما سيأتى تفصيل ذلك ، ومدار ما ذكر فى وجه القياس هو القول الثانى ، ومدار ما ذكر فى وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لايرد على العين الخ هو القول الأول ، فهل ينبغى أن يقال فى المسئلة المتفق عليها إن القياس يأبى جوازها لكن جوزناها استحسانا ، فيذكر فى وجه القياس مايختص بأحد القولين فى معنى هاتيك المسئلة ، وفى وجه الاستحسان مايختص بالقول الآخر فى معناها . ولا يخفى أنه لايصح على أحد القولين وجه القياس ، ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان ، فلا يوجد فى المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور ، على أن ما ذكر فى وجه الاستحسان يقتضى انتفاء ذلك القياس رأسا لاترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان فى مقابلة القياس على ماعرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى ـ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ـ) قال الشراح : يعنى بعد الطلاق . أقول : الأولى أن يقال : يعنى بعد الطلاق والعدة ليوافق مامر فى الكتاب فى باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وإن استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى . وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال فى تفسير قول صاحب العناية : يعنى بعد الطلاق البائن وقال : إذ لايجوز بعد الطلاق الرجعى قبل انقضاء العدة انتهى . أقول : ليس ذلك بتام ، لأنه لايجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة فى رواية وهى التى اختارها فى الكتاب فيما مر ، وعن هذا قال المصنف هناك : وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة ،

ولأن التعامل به كان جاريا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله ، وأقرّهم عليه . واختلف العلماء فى المعقود عليه ، فقيل هو المنافع وهى خدمتها للصبىّ والقيام به ، واللبن تبع كالصبغ فى الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والإيضاح والمصنف . وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى حيث قال فى المبسوط : والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود ، وماسوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدى ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به . واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله : ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لاتستحق الأجر ، وبيّن ما هو المختار عنده بقوله : والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لاينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا ، كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها وعد بيان العذر عن الإرضاع بلبن شاة . وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه شمس الأئمة بعد رؤيته الدليل الواضح ، وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح ، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبىّ على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن ، فجعل العين المرئية منفعة

(قوله وهو تقليد صرف) أقول : يعنى لشمس الأئمة (قوله فجعل العين المرئية) أقول : قوله فجعل مبتدأ وخبره يجىء بعد سطرين وهو

والأوّل أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لاينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها . وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى .

وكذا فى المبتوتة فى رواية انتهى فتدبر (قوله والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لاينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا الخ) القول الأول اختيار صاحبي الذخيرة والإيضاح، واختاره المصنف كما ترى . والقول الثانى اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال فى المبسوط : وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبيّ وما يحتاج إليه، وأما اللبن فتبع فيه لأن اللبن عين والعين لاتستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام . ثم قال: والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود وهو منفعة الثدى ومنفعة كل عضو على حسب مايليق به، هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فإنه قال : استحقاق لبن الآدمية بعد الإجارة دليل على أنه لايجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لايجوز استحقاقه بعقد الإجارة انتهى كلامه . وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما أعرض عنه الإمام الكبير شمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله . وردّ عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال : وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس بواضح ، لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبيّ على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة . ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ، ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال : استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لايجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لايجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية ، ولئن كان فنحن مامنعنا أن يستحق بعقد الإجارة ، وإنما الكلام فى استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا ، وليس فى كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك ، إلى هنا كلامه . أقول : خاتمة كلامه ليست بصحيحة ، إذ فى كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة ، لأنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لايجوز بيعه ، ولا شك أنه لا دلالة على عدم جواز بيعه إلا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ، ألا يرى أن الصبغ فى الثوب يستحق بعقد الإجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعا . ثم إن للشارح العيني هاهنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي وردّا على صاحب العناية ما ذكره فى رده على صاحب النهاية ، فإن ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الإطناب بلا طائل ، ولكن لا علينا أن نذكر نبذا من أولها وآخرها ، قال بعد نقل ما فى النهاية والعناية : قلت قول شمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه لأن الأعيان التى تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز إجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده ، والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها ، والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها . ثم قال فى آخر كلامه : وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله إنه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضى ، وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلى كل يوم مائتى ركعة انتهى كلامه . أقول : كل ماقاله فى الأول والآخر فاسد . أما ما قاله فى الأول فلأن معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم

ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح، ولا يتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال: استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لايجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لايجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية ، ولئن كان فنحن ما منعنا أن يستحق بعقد الإجارة، وإنما الكلام

(قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول: إذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية إلا أن يقال : المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يتشبث له) أقول: ناظر إلى قوله إن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لايجوز بيعه الخ) أقول : لأنه دليل على كونه من المنافع ، والبيع يرد على الأعيان دون المنافع (قوله على أنه لايجوز استحقاقه بعقد الإجارة) أقول: لأن الأعيان لاتستحق به ، بل الذي يستحق به إنما هو المنافع (قوله لأنه ليس بظاهر الرواية) أقول : ناظر لقوله ولا يتشبث له

وإذا ثبت ماذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة إعتبارا بالاستئجار على الخدمة . قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : لايجوز) لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ . وله أن الجهالة لاتفضى إلى المنازعة لأن فى العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة ، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة (وفى الجامع الصغير : فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعنى بالإجماع .

بقاء الأعراض زمانين عند المتكلمين ، ولا شك أن هذا المعنى ليس بمتحقق فى الأعيان فكيف تكون الأعيان بمنزلة المنافع ، ولو سلم ذلك لم يجز إجارة الأعيان قطعا ، إذ حقيقة الإجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الأعيان ، فإن تمليك الأعيان بعوض هو البيع لاغير ، وهذا أمر مقرر عند الفقهاء قاطبة ، وما ذكره من التنظيرات أو التشبيهات مما لايجدى شيئا . أما صورة العارية فلأن العين هناك باق على حاله ، وإنما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها لما نحن فيه . وأما الصورتان الأخريان فلأن المعنى فيهما وإن كان تمليكا للعين لكن لا بطريق الإجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه ، إذ الكلام فى أن عقد الإجارة لايرد على الأعيان لا أن شيئا من المعقود لايرد عليهما . وأما ما قاله فى الآخر فلأن المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ، والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها ، وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور فى مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا فى كتاب الإقرار ، ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا هاهنا بقوله إن ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الأربعة لمحمد رحمه الله التى هى رواية المعتدّ بها جدا ، وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين ممالايقدح فى ذلك قطعا ، وما الشبهة فيه إلا من الغفول على اصطلاح الفقهاء فى ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسى ما قدمت يداه (قوله وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح فى تفسير قوله ماذكرنا : يعنى من جواز الإجارة بأحد الطريقين . أقول : فيه نظر ، إذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا مايعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لأن الاعتبار بالاستئجار على الخدمة : أى القياس على ذلك لايصح على الطريق الثانى ، فإن العقد فى الاستئجار على الخدمة يقع على إتلاف المنفعة مقصودا لامحالة ، وفى استئجار الظئر يقع على إتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثانى فكيف يصح اعتبار أحدهما بالآخر . فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الأول على الطريق الثانى ، وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة فى إثبات هذه المسئلة ، وأخر ذكر القياس إلى هنا ، فإن إثباتها بالكتاب والسنة متمشّ على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا بأصل المسئلة . وأما إثباتها بالقياس فمختص بالطريق الأول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين

فى استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس فى كلام محمد ما يدل على شىء من ذلك (قوله وإذا ثبت ماذكرنا) يعنى من جواز الإجارة بأحد الطريقين (صحت إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد للخدمة مثلا) فإن قيل : قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام ؟ قلت : أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع إلى إثباتها بالقياس ، ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعنى جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات وبطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبى حنيفة) لأن العادة الجارية بالتوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد ترفع الجهالة ، بخلاف ماقالاه من غيرها من الإجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فإن الجهالة فيها تفضى إلى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخ وكسوتها

(قوله وليس فى كلام محمد مايدل على شىء من ذلك) أقول : بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعا لايدل على عدم جواز بيعه كما فى الصبغ (قوله قوله وإذا ثبت ماذكرنا : يعنى من جواز الإجارة بأحد الطريقين الخ) أقول : ولعل مراد المصنف هو الإشارة إلى ما صححه واختاره من الطريق الأول كما يفهم من المقيس عليه فليتأمل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول : يأبى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتأمل (قال المصنف : وفى الجامع الصغير : فإن سمى الطعام دراهم)

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه ، وهذا لاجهالة فيه (ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ،

وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس ، فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله : فإن قيل : قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام ؟ قلت : أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع إلى إثباتها بالقياس ، انتهى تـدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية : وهذا التفسير الذى ذكره لايستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه : أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بإزاء الدراهم المسماة انتهى . أقول : ليت شعرى كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه فى المعنى الذى ذكره المصنف بأنه لايستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى ، فإن هذا المعنى إن لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف فلا أقل من المساواة ، لأنه إذا صير إلى حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه فى ذلك اللفظ : أى لفظ الجامع الصغير بأن كان تقديره إن سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الإمام الزيلعى جاز أن يفهم منه أول المعنى الذى ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الأجرة دراهم ، ولكن لايفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الإمام الزيلعى حيث قال : لكن لايفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما ، وإنما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لاغير انتهى . وأما المعنى الذى ذكره صاحب النهاية فله اشتراك فى الآخر مع المعنى الذى ذكره المصنف ، وفى أوله تفصيل زائد على ما فى أول المعنى الذى ذكره المصنف ، فإن فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر فى لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين فى انفهام البعض الأول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفهام البعض الآخر منهما منه ، وإلا كان المعنى الذى ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذى ذكره المصنف ، فلا وجه لرد الثانى وقبول الأول . وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية : وهو حق ، ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الأجرة دراهم بدلا آل إلى ذلك انتهى . أقول : لايخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقدير بدلا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعوليا ركيك من حيث الإعراب ، والمعنى : فعليك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه . وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال : يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض : أى للطعام ، أو المراد بالتسمية هو التعيين : أى عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلى تأمل انتهى كلامه . أقول : كلا التوجيهين مجروح . أما الأول فلأنه قد تقرر فى علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن إنما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا : أى من ذنب وبغاه الخير : أى بغى له ، وأما فيما لايسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار من إياك من الأسد إذ لم يسمع ، وعن هذا قال ابن الحاجب : ولا تقل إياك الأسد لامتناع تقدير من انتهى ، وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض : أى حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات

وذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والأجل والمقدار ، وفسر قوله فإن سمى الطعام دراهم (بأن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أى مكان المسمى من الدراهم . قال صاحب النهاية : وهذا التفسير الذى ذكره لايستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه : أى سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ، ثم أعطى الطعام بإزاء الدراهم المسماة وهو حق ، ولكن لو قدر فى كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الأجرة دراهم بدلا آل إلى ذلك (وهذا) أى جعل الأجرة على هذا الوجه (لاجهالة فيه ، وكذا لو سمى الطعام وبين قدره

أقول : يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض : أى الطعام ، أو المراد بالتسمية هو التعيين : أى عين الطعام بدراهم وتعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلى فتأمل (قال المصنف : ثم يدفع الطعام مكانه) أقول : هذا لايفهم من عبارة الجامع ، وإنما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لاغير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها الخ) أقول : بأن يكون المضاف مقدرا فى كلام الجامع : أى سمى بدل الطعام ، وهكذا ذكر الزيلعى ، إلا أن التقدير لابد له من قرينة ، فتأمل هل هنا ما يصلح أن يكون قرينة بذلك ؟

ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان (ويشترط بيان مكان الإيفاء) عند أبي حنيفة خلافا لهما، وقد ذكرناه فى البيوع (وفى الكسوة يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لأنه إنما يصير دينا فى الذمة إذا صار مبيعا وإنما يصير مبيعا عند الأجل كما فى السلم . قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ؛ ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه، إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها فى منزله لأن المنزل حقه (فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبىّ من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبىّ ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبىّ) لأن العمل عليها . والحاصل أنه يعتبر فيما لانص عليه العرف فى مثل هذا الباب ، فما جرى به العرف من غسل الثياب الصبىّ وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد، وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وإن أرضعته فى المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع ، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع ، وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل .

لهذا التوجيه مع ظهوره جدا . وأما الثانى فلأنه إذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لايصح تعديته إلى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلى ، وإلا يلزم الجمع بين معنيى التسمية وهو لايجوز سواء كان اللفظ حقيقة فى كل واحد من المعنيين أو حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر ، إذ لايجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف فى علم الأصول (قوله ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح فى شرح قوله أوصافها : أى أوصاف الطعام على تأويل الحنطة اهـ . أقول : فيه نظر ، إذ لاشك أن المراد بالطعام فى مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها ، فكيف يتم تأويل ذلك بالخاص فى مقام الاستدلال على العام . والحق عندى أن مرجع الضمير هو الطعام بتأويل كونه أجرة فى مسئلتنا هذه ، فالمعنى أن هذه الأجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها ، بخلاف الكسوة كما سنذكر . والعجب أن صاحب العناية بعد أن قال فى تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله : أى تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك فى تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فإن هذا إيجار وليس بإرضاع) فى الصحاح الوجور الدواء يوجر فى وسط الفم : أى يصبّ ، تقول منه وجرت الصبى وأوجرته بمعنى اهـ . أقول : لقائل أن يقول : إذا كان هذا إيجارا لا إرضاعا فلا معنى لأن

ولا يشترط تأجيله) أى تأجيل الطعام المسمى أجرة (لأن أوصافها) أى أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أى أوصاف أثمان من وجوبه فى الذمة إذا كان دينا ، والأثمان لايشترط تأجيلها ، بخلاف ما إذا كان مسلما فيه لأنه فى السلم مبيع وإن كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة (ويشترط بيان مكان الإيفاء) إذا كان له حمل ومؤنة (عند أبى حنيفة خلافا لهما وقدمر فى البيوع) والباقى ظاهر . قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به : أى بعقد الإجارة صيانة لحقه ؛ ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما إذا كان الزوج ممن يشينه ظؤورة زوجته أولا ، وهو الأصح لأنها إن كانت ترضعه فى بيت أبويه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وإن كانت ترضعه فى بيته فله أن يمنعها من إدخال صبىّ الغير فى منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها فى منزله بعد الرضا بالعقد لأن المنزل حقه ، فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبىّ من لبنها . لأن لبن الحامل يفسد الصبىّ فكان الخوف عذرا تفسخ به الإجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبىّ لأن العمل) يعنى العمل الراجع إلى منفعة الصبى (على الظئر) والباقى ظاهر . وقوله (وإن أرضعته فى المدة بلبن شاة فلا أجر لها ، لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع ، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل) لا لانتفاء اللبن ، ولهذا لو أوجر الصبىّ بلبن الظئر فى المدة لم تستحق الأجرة ، فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين وهو اللبن . وقوله (أنه اختلف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى . وفى بعض النسخ : وهو أنه ، وفى بعضها : لأنه . فإن قيل : الظئر أجير خاص أو مشترك

قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله ، وكذا إذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالإجارة فاسدة) لأنه جعل الأجر بعض مايخرج من عمله فيصير فى معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عنه ، وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه .

يقول فى الكتاب فى وضع هذه المسئلة : وإن أرضعته فى المدة بلبن شاة ، بل الظاهر أن يقول : وإن أوجرته بدل وإن أرضعته ، اللهم إلا أن يحمل على المشاكلة بملابسة مسئلة استئجار الظئر التى وظيفتها الإرضاع تأمل . فإن قيل : الظئر أجير خاص أو أجير مشترك ؟ أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط ، فإنه قال فيه : ولو ضاع الصبىّ من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلىّ الصبى أو من ثيابه شىء لم تضمن الظئر شيئا لأنها بمنزلة الأجير الخاص ، فإن العقد ورد على منافعها فى المدة ؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والأجير الخاص أمين فيما فى يده اهـ . ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وأن تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة ، فإنه قال فيها : وإن آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ، ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت ، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملا على الفريقين اهـ . وجه الدلالة على احتمالها أنها لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا وأثمت بما صنعته ، ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الأجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما ، فقلنا بأنها لا تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك، وبأنها تأثم لشبهها بأجير الوحد . هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية هاهنا واقتفى أثره صاحب العناية ، غير أنه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال : وفيه نظر ، لأنه قال : لأنها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه انتهى . أقول : نظره ساقط ، فإن المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فإن العقد ورد على منافعها فى المدة ، وتنويره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، فإن كلا منهما يدل قطعا على أنها أجير خاص، لأن ورود العقد على المنفعة فى المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الأجير الخاص.

أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط . قال فيه : ولو ضاع الصبىّ من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلىّ الصبىّ أو ثيابه شىء لم يضمن الظئر لأنه بمنزلة الأجير الخاص ، فإن العقد ورد على منافعها فى المدة ؛ ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل ، والأجير الخاص أمين فيما فى يده ، وفيه نظر لأنه قال لأنه بمنزلة الأجير الخاص لا عينه . وذكر فى الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشتركا ، فإنها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت ، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملا على الفريقين ، وهذا يدل على أنها تحتملهما ، فقلنا بأنها تستحق الأجر منهما كملا تشبيها بالأجير المشترك ، وتأثم بما فعلت نظرا إلى الأجير الخاص . قال (ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالإجارة فاسدة ، وكذلك إذ استأجر حمارا يحمل طعاما له بقفيز منه لأنه فى معنى قفيز الطحان فى جعل الأجرة بعض مايخرج من عمله، وقد نهى النبى

(قوله أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول : ولعل الأولى فى الجواب هو أن يقال : إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعى ولدى هذا يكون خاصا، وإن قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ماقيل فى استئجار الراعى (قوله وفيه نظر لأنه قال بمنزلة الأجير الخاص) أقول: لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فإن العقد قد ورد على منافعها الخ . وقوله والأجير الخاص أمين فليتأمل(قوله وهذا يدل على أنها، إلى قوله: وتأثم بما فعلت نظرا إلى الأجير الخاص) أقول: وفى الفصل الثامن والعشرين من إجارات المحيط البرهانى : وليس للراعى إذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر ، فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الراعى ومضى على ذلك شهور ولم يعلم الأول به فله الأجر كلا على كل واحد منهما لايتصدق بشىء إلا أنه يأثم انتهى . وفى البزازية : ليس للواحد أن يرعى غنم غيره ، فإن رعى يجب الأجر كاملا ويأثم ، ولهذا قالوا : الخاص لايلى أن يؤاجر نفسه من آخر فى مدتها ، ولو آجر من آخر فيها له الأجرة الثانية أيضا ويطيب له الأجر ولا يتصدق به وإن كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى . إذا عرفت هذا عرفت ما فى كلام الشارح (قوله وكذلك إذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول : من قبيل الحذف والإيصال .

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات ، لا سيما فى ديارنا ،والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول ، إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعدّ هو قادرا بقدرة غيره ،

وأما قوله بمنزلة الأجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الأجير الخاص المعروف الذى لا اشتباه فيه لأحد ، وهذا لاينافى أن تكون هى عين جنس الأجير الخاص . ثم إن بعض الفضلاء قال : ولعل الأولى فى الجواب أن يقال : إن قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعى ولدى هذا تكون خاصا ،وإن قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل فى استئجار الراعى اه . أقول: ليس ذلك الجواب بتامّ إذ يرد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما إذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الأجر كاملا إذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع أنها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة ، وذكر فى سائر المعتبرات أيضا . وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط البرهانى بعد بيان استحقاقها الأجر كاملا على الفريقين : وهذا لايشكل إذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعى ولدى هذا سنة بكذا ، لأن الظئر فى هذه الصورة أجير مشترك لأن الأب أوقع العقد أولا على العمل ، إنما يشكل فيما إذا قال لها استأجرتك سنة لترضعى ولدى هذا بكذا لأنها أجير وحد فى هذه الصورة لأنه أوقع العقد على المدة أولا ، وليس لأجير الوحد أن يؤجر نفسه من آخر ، وإذا آجر لايستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم . والوجه فى ذلك أن أجير الوحد فى الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث أنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحدمنهما بتمامه كما فى الخياط والقصار ، ثم لو كانت أجير وحد من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا على الأول وتأثم بما صنعته ، ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الأجر كاملا ولم تأثم فإذا كانت بينهما قلنا بأنها تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الوحد اه. فقد ظهر أن مجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لايتم كون الظئر أجير وحد من كل وجه فلابد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر فى الذخيرة والمحيط البرهانى واختاره الشراح فى الجواب فتبصر(قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات لا سيما فى ديارنا) قال صاحب العناية :فإن قيل : إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس ؟ قلنا : لا ، لأنه فى معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ،ومثله لايترك بالعرف اه . وقال بعض الفضلاء : سيجىء من المصنف فى أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما فى معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه اه . أقول : ماسيجىء من المصنف فى أوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية هاهنا ، فإن المصنف بعد أن بين فى أوائل كتاب المزارعة أن المزارعة فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع اه. ولايقتضى

صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات . فإن قيل : إذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس ؟ قلنا: لا ، لأنه فى معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ، ومثله لايترك بالعرف . فإن قيل : لايترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما فى معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ فى الثياب لجريان عرفهم بذلك. قلت : الدلالة لاعموم لها حتى يخص عرف ذلك فى موضعه (قوله والمعنى فيه) يعنى المعنى الفقهى فى عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لأن حصوله بفعل غيره والشخص لايعدّ قادرا بقدرة غيره) وإذا ثبت فساد العقد كان للحائك أجر مثله لأن صاحب

(قوله لا لأنه فى معناه من كل وجه) أقول : فى تقرير الجواب نوع مسامحة ، والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس ، إلا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس ، بل بدلالة النص وهى لايترك به (قوله ومثله لايترك بالعرف) أقول : سيجىء من المصنف فى أوائل كتاب المزارعة مايخالف ماذكره الشارح ، حيث أطلق القياس على ما فى معنى قفيز الطحان ، وقال : يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه (قوله فإن قيل : لايترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما فى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ فى الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول : إلحاق بعض

وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لايجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير فى الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ، ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الأجر ،

ذلك أن يطلق القياس على كل ما فى معنى قفيز الطحان ، بل إنما يقتضى أن يطلقه على المزارعة وهى فى معنى قفيز الطحان من وجه : أى من حيث أنها استئجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر فى دليل أبى حنيفة على فسادها ، وفى معنى المضاربة من وجه : أى من حيث أنها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر فى دليل الإمامين على جوازها ، بخلاف ما نحن فيه فإنه فى معنى قفيز الطحان من كل وجه لأنه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة ، فلهذا قيل : إنه ثابت بدلالة النص دون القياس . ولئن سلم مخالفة ماسيجىء من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية هاهنا فلا ضير فيها ، لأن فيما نحن فيه قولين : أحدهما أنه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسى . وثانيهما أنه من حيث القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلوانى وأستاذه القاضى الإمام أبى على النسفى كما فصل فى المبسوط وغيره وذكر فى النهاية ومعراج الدراية أيضا ، فما ذكره صاحب العناية هاهنا على مااختاره شمس الأئمة السرخسى قطعا وما ذكره المصنف فى المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلوانى وأستاذه ، فإذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين فى المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لايجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير فى الحال بالتعجيل الخ) قال الإمام الزيلعى فى شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور : هكذا قالوا ، وفيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لاتملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل ، فكيف ملك هاهنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثانى أنه قال ملكه فى الحال ، وقوله لايستحق الأجر ينافى الملك لأنه لايملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأى سبب يملكه اهـ كلامه . أقول : كل من إشكاليه ساقط . أما الأول فلأنه لا ريب أن وضع المسئلة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم فى تعليلها لأن المستأجر ملك الأجير فى الحال بالتعجيل ، إذ تعجيل الأجر إنما يكون بتسليمه إلى الأجير فى الحال ، وقد صرح بذلك فى تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات ، منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا : إن هاهنا مسئلتين : إحداهما ما إذا استأجر رجلا ليحمل له كر حنطة إلى بغداد مثلا بنصفه كانت الإجارة فاسدة ، وللأجير أجر مثله إن كان بلغ إلى بغداد لايجاوز به قيمة نصف الكر . والثانية أن يستأجره ليحمل له نصفه إلى المكان المعين بنصفه الباقى ودفع إليه كله ولا أجر له هاهنا . والتى ذكرها فى الكتاب بقوله بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هى هذه المسئلة وهى من ومسائل إجارات الجامع

الثوب استوفى منفعته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لايجب له الأجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لأن المستأجر ملك الأجير) الأجرة (فى الحال بالتعجيل) لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك فى الأجرة (فصار) حاملا طعاما (مشتركا . ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الأجر

المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمل ، وكيف القفيز بعد الطحن شىء آخر حتى يملكه الغاصب ، ولا كذلك الحمل فى المحمول (قال المصنف : وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لايجب له الأجر لأن المستأجر ملك الأجير فى الحال) أقول : قال العلامة الزيلعى : فيه إشكالان : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لاتملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بيناه من قبل ، فكيف ملكه هاهنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل . والثانى أنه قال ملكه فى الحال . وقوله لايستحق الأجر ينافى الملك لأنه لايملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة ، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأى سبب يملكه انتهى . لعل مرادهم نفى الملك لأن وجوده يؤدى إلى عدمه ، وما هو كذلك يبطل ، فقولهم ملك الأجير فى الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير ، والظاهر أن وضع المسئلة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام والله ولى الفضل والإلهام ، فيكون تقدير الكلام : لو وجب الأجر فى الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة فى الحال بالتعجيل ، والتالى باطل إذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضى إلى عدم وجوب الأجر ، وكل لازم يؤدى فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلا ، فكذا هذا فليتأمل (قال المصنف : ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لايجب الأجر ،

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه . قال (ولا يجاوز بالأجر قفيزا) لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحطّ . قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد ، وهذا عند أبى حنيفة : وقال أبو يوسف ومحمد فى الإجارات : هو جائز) لأنه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة . وله أن المعقود عليه مجهول ،

الكبير اهـ . وأما الثانى فلأن المنافاة بين قولهم ملك الأجير فى الحال وبين قولهم لايستحق الأجر ولا يجب الأجر ممنوعة ، إذ معنى الأول أنه يملك الأجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل ، ومعنى الثانى أنه لايستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجير بالتسليم بسبب أن صار شريكا فى الطعام قبل إيفاء شىء من المعقود عليه ، ولا يذهب عليك أنه لاتنافى بين هذين المعنيين ، بل الأول منهما يؤدى إلى الثانى ، ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية فى تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسى وصدر الإسلام الحميدى حيث قال : وأما فى المسئلة الثانية وهى ما إذا استأجره ليحمل نصفه إلى بغداد بنصفه الباقى ودفع إليه فإنما سلمه إليه على سبيل التمليك لنصف الكرّ من قبل أن البدل نصف كرّ مطلق لانصف كرّ محمول إلى بغداد فصار بتسليم الكرّ إليه معجلا للأجرة فملكها بنفس القبض . وإذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لأنه صار شريكا فى الكرّ قبل إيفاء شىء من المعقود عليه . وما قبل التسليم فى الإجارة بمنزلة ابتداء العقد ، فلو ابتدأ العقد على العمل فى شىء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الإجارة فكذلك هاهنا ، وإذا بطلت الإجارة لم يجب الأجر ، كذا فى الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسى وصدر الإسلام الحميدى ، إلى هنا لفظ النهاية . وبهذا ظهر أنه لاحاجة فى دفع الإشكال الثانى من ذينك الإشكالين إلى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال : لعل مرادهم نفى الملك لأن وجوده يؤدى إلى عدمه ، وما هو كذلك يبطل ، فقولهم ملك الأجير فى الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام : لو وجب الأجر فى الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة فى الحال بالتعجيل ، والتالى باطل إذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضى إلى عدم وجوب الأجر ، وكل لازم يؤدى فرض وجوده إلى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا اهـ كلامه . (قوله لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء . فيه بحث ، فإنه فى كل جزء عامل لغيره أيضا

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله بالنصف الآخر تلويح إلى مسئلة أخرى ، وهو ما إذا قال احمل هذا الكرّ إلى بغداد بنصفه فإنه لايكون شريكا ولكن تفسد الإجارة لكونها فى معنى قفيز الطحان ، ويجب أجر المثل لايجاوز به قيمة نصف الكرّ . وقوله (ولا يجاوز بالأجر قفيزا) متصل بقوله وكذا إذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه (لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لأنه رضى بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى) وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبى يوسف فلا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لأنه رضى بنصف المسمى حيث اشترك . وهذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر ، وأما إذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء . قال (ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمى به لأنه يختم أعلاه كى لايزداد أو ينقص . وإضافة العشرة إلى المخاتيم من باب الخمسة الأثواب على مذهب الكوفيين ، واليوم منصوب على الظرفية ، ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه فى كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر ، وإثبات المطلوب لايتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة فى التشبيه ، أى هو كعامل لنفسه ، وسيجىء من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجعه وتأمل فيه (قال المصنف : ولا يجاوز بالأجر قفيزا) أقول : قال فى النهاية : نصب قفيزا على قول من يجوز إسناد الفعل إلى الجار والمجرور مع وجود

لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ، ونفع المستأجر فى الثانى ونفع الأجير فى الأول فيفضى إلى المنازعة . وعن أبى حنيفة أنه يصح الإجارة إذا قال فى اليوم ، وقد سمى عملا لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل ، بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله فى الطلاق . قال

فلا معنى للحصر ، وإثبات المطلوب لايتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة فى التشبيه : أى هو كعامل لنفسه اهـ . أقول : هذا البحث غير متمش رأسا ، لأنه إنما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه إلا وهو عامل لنفسه فقط ، أما إذا كان معناه إلا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه ، فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر إذ لم يتعين الحصر فيه . فالوجه فى تمشية البحث هاهنا توسيع الدائرة ، بأن يقال : إن كان المراد أنه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع ، وإن كان المراد أنه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لاينافى استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب ، وسيأتى تتمة هذا الكلام فيما بعد إن شاء الله تعالى (قوله لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول : لقائل أن يقول : لم لايكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك فى مسئلة

اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبى حنيفة ، وقالا : هو جائز ذكره فى إجارات المبسوط لأنه يجعل المعقود عليه العمل حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملا ، وإن لم يفرغ فى اليوم فعليه أن يعمله فى الغد لأن المعقود عليه هو العمل ، وإذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لالتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه فى أسرع الأوقات ، والحمل على هذا مما لابد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد . ولأبى حنيفة أن المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك ، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، والجهالة المفضية إلى النزاع تفسد العقد ، وهذه كذلك لأن نفع المستأجر فى الثانى حتى لايجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل ، ونفع الأجير فى الأول لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل ، فإن مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الأجير أجره نظرا إلى الأول ويمنعه المستأجر نظرا إلى الثانى فأفضى إلى النزاع ، وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الأغراض ؛ فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة معلومة ، وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك نصف درهم ، فإن أبا حنيفة أجاز الشرط الأول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما إذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ منه اليوم فإن الإجارة فيها جائزة بالإجماع . والفرق بينها وبين الأولى أن دليل المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التى هى التوقيت إلى المجاز الذى هو التعجيل ، وليس له فى مسئلتنا مايصرفه عنها فلا يصار إلى المجاز ، وكذلك بينها وبين الثانية ، فإن كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف فى موضعه فحيث جعله شرطا دل على أن مراده التعجيل ، يؤيده ماروى عن أبى حنيفة وهو المذكور فى الكتاب أنه إذا قال فى اليوم صحت الإجارة

المفعول بدون الجار ، وهو ضعيف انتهى . وفى شرح الرضى أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه (قال المصنف : وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) أقول : لم لايجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا فى مسئلة الراعى (قوله وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم) أقول : ولابد من الفرق أيضا بينها وبين ماقالوا فى مسئلة الراعى أنه إذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار لمقدم منهما فى كون الأجير خاصا ومشتركا فليتأمل (قوله وكذلك بينها وبين الثانية) أقول : فى المحيط البرهانى فى الفصل السادس من الإجارات وفى آخر إجارات الأصل : إذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا إلى الليل فهو فاسد . ذكر المسئلة من غير ذكر خلاف . فمن مشايخنا من قال : بهذه المسئلة ثبت رجوعهما إلى قول أبى حنيفة ، إذ لايتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل . ومنهم من قال : ماذكر فى هذه المسائل قياس قولهما ، وماذكر فيما تقدم استحسان على قولهما ، إذ لافرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ، والله أعلم انتهى . وأنت خبير بأنه لابد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية فى الشرح حتى تجوز تلك بالإجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التعجيل) أقول : لكونه وصفا مطلوبا .

(ومن استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز) لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقى والكراب ، فكان كل واحد منهما مستحقا، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لايوجب الفساد فإن اشترط أن يثنيها أويكرى أنهارها أو يسرقنها فهوفاسد) لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة ، وأنه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان فى صفقة واحدة وهى منهى عنه . ثم قيل: المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة فى فساده . وقيل أن يكربها مرتين وهذا فى موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة، وإن كانت ثلاث سنين لاتبقى منفعته . وليس المراد بكرى الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته فى العام القابل . قال (وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعى : هو جائز ، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب .

الراعى على ماصرحوا به فى معتبرات الفتاوى بلا ذكر خلاف هناك فتأمل(قوله لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال : ولأن بالواو انتهى . أقول ليس الأمر كما زعمه ، فإن قوله لأن مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع(قوله وقيل أن يكربها مرتين وهذا فى موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنةواحدة) قال الشراح : إنما قيد بهذين القيدين : أى بالكراب مرة وبكون المدة سنة لأنه إذا شرط أن يكربها مرتين فى موضع لاتخرج الأرض الريع إلا بالكراب مرتين ، أو كانت تخرجه بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين لايكون هذا الشرط مفسدا للعقد لأنه يكون فى الأول من مقتضيات العقد وفى الثانى ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز . وعبارة العناية : والثانى

لأنه للظرف والمظروف لايستغرق الظرف كما مر فى الطلاق، فكأنه قال : إن عملت فى بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه ، بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقودا عليه وتلزم الجهالة . قال(ومن استأجر أرضا على أن يكربها الخ) بين فى هذا أن الشرط الذى لايقتضيه عقد الإجارة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد، والشرط الذى يقتضيه العقد لايفسده كما فى البيع : فإن استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهوجائز ،لأن الزراعة تستحق بالعقد ولا تتأتى إلا بالسقى والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لايوجب الفساد . وإن شرط أنه يثنيها أو يكرى أنهارها أويسرقنها فهو فاسد لأنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة ، وما هذا حاله يوجب الفساد لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان فى صفقة وهومنهى عنه . وإنما قلنا إن ذلك ليس من مقتضيات العقد لأن المراد بالتثنية إن كان ردها مكروبة فلا شك فى أنه لايقتضيه لأن الزراعة لاتتوقف عليه، وإن كان المراد بها أن يكربها مرتين فيجب أن يكون هذا فى موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة ، لأنه إذا كان فى موضع لاتخرج الأرض الريع إلا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين فإنه لايفسد العقد ، لأن الأول حينئذ من مقتضياته ، والثانى ليس فيه لأحدالمتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة . وأما كرى الأنهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته فى العام القابل ونفاه المصنف وقال : بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته فى العام القابل دون الأول (وإذا استأجر أرضا ليزرعها بزراعة أخرى لايجوز أصلا، وكذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب . وقال الشافعى : هو جائز

(قال المصنف : لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير) أقول : هذا دليل آخر على أصل المدعى ، فالظاهر أن يقال ولأن بالواو (قوله فإنه لايفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته ، والثانى ليس فيه الخ) أقول : وأنت خبير بأن الثانى أيضا من مقتضيات العقد، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع ، بل فيه نفع المستأجر حيث لاتتأتى زراعته إلا به (قوله دون الأول) أقول : ولئن بقى فكريه من مقتضيات العقد

أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير دينا بدين : ولنا أن الجنس بانفراده يحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وإلى هذا أشار محمد ،

ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة . وقال بعض الفضلاء : وأنت خبير بأن الثانى أيضا من مقتضيات العقد ، وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع ، بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأتى زراعة إلا به انتهى . أقول : ليس شىء من شطرى كلامه بسديد . أما شطره الأول فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الإجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثانى فلا شك أن الكراب مرتين فى هذه الصورة لايكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة إلى الكراب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته . وأما شطره الثانى فلأنه إذا كانت الأرض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لاتتأتى الزراعة هناك إلا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر فى اشتراط الكراب مرتين فى موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلاث سنين . ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فإنما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلا للمستأجر ، لا لأن له نفعا فيه وإلا لايتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ماحكى أن ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة وقال : لم لايجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ؟ فكتب محمد فى جوابه : إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة ، وجالست الحنانى فكانت منك زلة ، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء . والحنانى اسم محدّث كان ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل ويقول : لابرهان لكم عليها كذا فى شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام

لأن المنافع بمنزلة الأعيان ولهذا جازت الإجارة بدين) أى بأجرة هى دين على المؤجر ، ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك دينا بدين (ولنا) فى ذلك طريقان : أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرّم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ، ومعنى القوهى تقدم فى البيوع (وإلى هذا) أى إلى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ماروى : أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن فى هذه المسئلة فكتب فى جوابه ، إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة ، وجالست الحنانى فكانت منك زلة ، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء . والحنانى اسم محدّث كان ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسائل ويقول : لابرهان لكم عليها . وفيه بحث من وجهين : الأول أن النساء مايكون عن اشتراط أجل فى العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك . والثانى أن النساء إنما يتصوّر فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا . وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة ، وفيه نظر لأن فى النساء شبهة الحرمة ، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة . والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة ، فبالإلحاق تثبت الشبهة لاشبهتها . وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ، ويجوز أن نسلك طريقا آخر

كالكراب بخلاف الأنهار العظام (قوله ولهذا جازت الإجارة بدين : أى بأجرة هى دين على المؤجر) أقول : يعنى كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه دارا بذلك الدين اللذى فى ذمته (قوله أما علمت أن السكنى بالسكنى) أقول : الظاهر أن المضاف مقدر : أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا) أقول : الأنسب أن يقول : يتأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثانى (قوله وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول : فيه شىء . فإنه إذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة المحرمة للنساء ، إذ لامجانسة بين العين والمنفعة ، ووجوده الحكمى لو سلم لو يورث شبهة فى الإلحاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل . وإنما قلت : لو سلم لأنه يجر إلى مذهب الشافعى ظاهرا (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول : الضمير فى قوله لفقدانها راجع إلى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقا آخر الخ) أقول : فيه بحث

. . . .

والفوائد الظهيرية وذكر فى عامة شروح هذا الكتاب أيضا . قال صاحب العناية : فى هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين : الأول أن النساء مايكون عن اشتراط أجل فى العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك . والثانى أن النساء إنما يتصور فى مبادلة موجود فى الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا . وأجيب عن الأول بأنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة ، وفيه نظر لأن فى النساء شبهة الحرمة ، فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وهى ليست بمحرمة . والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة ، فبالإلحاق تثبت الشبهة لاشبهتها . وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب عن الوجه الثانى بحث من وجهين : الأول أنه إذا أقيم العين مقام المنفعة فى أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود فى الحال معقودا عليه فى العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين ، إذ لامجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد فى العقد مايحرم النساء فلا يتم المطلوب . والثانى أن هذا الجواب ينافى الجواب المذكور عن الوجه الأول لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة . ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لأنها التى تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع .

فإن قلت : المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة ، فمدار الجواب عن الأول على الحقيقة ، ومدار الجواب عن الثانى على الحكم فلا تنافى بينهما . قلت : فى جعل الحكم الأول مرتبا على الحقيقة ، والثانى مرتبا على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد ، ولم يجعل الأمر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهى وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن . ثم قال صاحب العناية : ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الإجارة فاسدة لأن المعقود عليه إما أن يكون موجودا دون الآخر أولا . فإن كان لزم النساء وهو باطل . وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، لأنه إن أراد بالمعقود عليه الذى ردده ماهو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثانى من الترديد ويكون قوله وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح ، لأن ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم فى كل عقد إجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازه ، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه فأقمنا الدار مثلا مقام المنفعة فى حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول كما مر فى صدر كتاب الإجارات ، فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الإجارة قط . وإن أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الأول من الترديد ويكون قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل غير تام ، لأن النساء إنما يبطل عند اتحاد الجنس ، وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لاتتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا . واعترض بعض الفضلاء على قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال : هذا لايتجه إلزاما على الباحث ، فإنه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالإجماع فليتأمل . أقول : هذا فى غاية السقوط ، إذ ليس فى مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشىء بجنسه ، والذى يحرم النساء بانفراده إنما هو الجنس لا غير ، فلا مجال لأن يقال : لأن مثل ماقيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفى على مثله . ثم إن الإمام

وهو أن يقال : المدعى أن هذه الإجارة فاسدة ، لأن المعقود عليه إما أن يكون موجودا دون الآخر أولا . فإن كان لزم النساء وهو باطل وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه . لايقال : قسمة غير حاصرة لجواز أن يعتبرا موجودين ، لأن بطلانه قد

(قوله فإن كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول : هذا لايتجه إلزاما على الباحث ، فإنه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه الفساد مستندا بأن مثله موجود فى مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالإجماع فليتأمل (قوله لايقال قسمة غير حاصرة لجواز أن يعتبرا موجودين) أقول : الأظهر أن يقال فى تقرير السؤال : إنما يستقيم ماذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثانى فى عدمها ، وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما ، وإنما قلنا إن الأظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة .

ولأن الإجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس ، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة . قال (وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي : له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز ، وصار كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب .

الزيلعي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال فى التبيين : وهذا مشكل على القاعدة ، فإنه لو كان كذلك لما جاز ، بخلاف الجنس أيضا لأن الدين بالدين لايجوز وإن كان بخلاف الجنس ، ولأن العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة ، فقبل وجودها لاينعقد عليها العقد فإذاوجدتفقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصوّر فيها النسيئة ، فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص ، إلى هنا كلامه . أقول : كل من وجهى استشكاله ساقط . أما وجه الأول فلأن الدليل المذكور لايقتضى عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا قوله إن الدين بالدين لايجوز وإن كان بخلاف الجنس مسلم . ولكن ليس فى مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لأن المنافع ليست بدين ، إذ الدين ما ثبت فى الذمة والمنافع لاتثبت فى الذمة ، صرح بذلك فى النهاية بل عامة الشروح . وأما وجه الثانى فلأن الانعقاد فى العقد على المنافع وإن حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إلا أن نفس العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد ، وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف ، فمعنى انعقاد عقد الإجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها فى المحل يحصل ساعة فساعة ، لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة ، إذ لاشك أن الإيجاب والقبول لايصدران عن المتعاقدين إلا مرة واحدة ، وهذا كله مما تقرر فى صدر كتاب الإجارة ، فقبل وجود المنافع وإن لم يحصل الانعقاد إلا أنه يتحقق نفس العقد ، فحين أن يتحقق نفس العقد وهو آن صدوره عن المتعاقدين تتحقق النسيئة فى المنافع قطعا فيبطل العقد فيما إذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ، ويبطل قوله فكيف يتصوّر فيها النسيئة تبصر ترشد (قوله ولأن الإجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة ، ولاحاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح : لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى . أقول : للخصم أن يقول : لانسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ، ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة ، إذ لايخفى أن كثيرا من الناس قد يحتاج إلى سكنى بعض الدور دون بعضها ، ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الأماكن بحسب تعدّد البلاد بل بحسب تعدّد المحالّ من بلد واحد فكم منهم يحتاج إلى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة منه لحصول حوائجه ومهماته فى ذلك ، ولا يحتاج إلى السكنى فى بلد آخر أو فى محلة أخرى من البلد الأول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك . اللهم إلا أن يقال : هذا القدر من الحاجة لايكفى فى ترك القياس ، وكأنه أشير إليه فى الكافى وغيره بأن يقال : والحاجة لاتمس عند اتحاد الجنس ، وإنما تمسّ عند اختلاف الجنس ، والكمال من باب الفضول ، والإجارة ماشرعت لابتغاء الفضول انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية : يعنى الطعام المشترك ، وقال بعض الفضلاء : وعندى لا حاجة فى إتمام الكلام إلى جعل الطعام

(و) الثانى (أن الإجارة جوّزت بخلاف القياس للحاجة ، ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب واللبس والزراعة والسكنى . فإن قيل : إذا اختلف الجنس لزم الكالئ بالكالئ . أجيب بأنه يتحقق فى الدين والمنفعة ليست بدين ، وإن قيل : انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصحبه الباء ثم إذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية لأنه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل . وروى بشر عن أبى يوسف أنه لا شىء عليه لأنه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت . قال (وإذا كان الطعام بين رجلين الخ) وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أوحمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له : يعنى لا المسمى ولا أجر المثل . وقال الشافعى رحمه الله : له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز ، وصار كما إذا

ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسى لايتصور فى الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرّف حكمى ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لايجب الأجر ،

مشتركا ، فإنه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعى بأن وضع الطعام فعل حسى ، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى انتهى . أقول : ماذكره فى بيان أنه لاحاجة فى إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل ، لأن لفظ الإلزام فى قوله يتوجه إلزام الشافعى إما أن يكون مضافا إلى مفعوله أو إلى فاعله ، وعلى الوجهين لايتم ماذكره . أما على الأول فلأن هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعى وهى جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعى ، بل هى مجمع عليها ، ولهذا ذكرت فى دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه إلزامنا الشافعى بما يقتضى خلاف ما تقرر عندنا ، وهلا يصير ذلك إلزاما علينا أيضا . وأما على الثانى فلأن المعقود عليه فى تلك المسئلة منافع الدار دون العمل ، وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك فى أن لايكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسى ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن المعقود عليه هنا العمل الذى هو الفعل الحسى وهو لايتصور فى الشائع فلم يتصوّر الإلزام علينا من الشافعى أصلا . ثم أقول : الظاهر عندى أيضا أنه لاحاجة هاهنا إلى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط ، لكن لا لما ذكره ذلك القائل ، بل لأن تمشية استشهاد الشافعى ظاهرا بالمسئلة المذكورة لايتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما فى المسئلة التى نحن فيها ، وكذلك الجواب الذى يأتى من قبلنا عن استشهاد الشافعى بتلك المسئلة لايختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الإطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق (قوله ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسى لايتصوّر فى الشائع) قال فى العناية : إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين . وقال : فإن قيل : إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الأجر . أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى . أقول : فى الجواب نظر وهو أن عدم كون حمل الكل معقودا عليه لايجدى شيئا فى دفع السؤال ، لأن حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعا فكان موجودا ، وحمل الكل لايتصوّر بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ، ومن جملة الأجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الأجر لحمل ذلك الجزء الذى هو المعقود عليه ، ولا شك أن عدم كون الكل معقودا عليه لايفيد شيئا فى دفع ذلك ، وإنما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الأجر بحمل الكل وليس فليس

استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعنى الطعام المشترك أو عبدا مشتركا ليخيط الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسى لايتصور فى الشائع إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين . فإن قيل : إذا حمل الكل فقد حمل البعض لامحالة فيجب الأجر . أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه الاستئجار لعمل لاوجود له لايجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصوّر تسليم المعقود عليه لايجب الأجر أصلا . وفرق بين هذا وإجارة المشاع فإنها أيضا فاسدة عنده ، فإن استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذى أوجبه العقد ، فإن استوفى المنفعة وجب الأجر . وأماهاهنا فإنه متعذر أصلا فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعى على البيع ، وذلك (لأن البيع تصرف حكمى) أى شرعى ، والتصرف فى الشائع شائع شرعا ، كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه .

(قوله يعنى الطعام المشترك) أقول : وعندى لاحاجة فى إتمام الكلام إلى جعل الطعام مشتركا ، فإنه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه إلزام الشافعى بأن وضع الطعام فعل حسى ، والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسى ، بل لايبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك مخل فليتأمل (قوله أجيب بأن حمل الكل حمل معين) أقول : فى هذا الجواب تأمل ، فإنه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه ، فإذا حمل الكل كان هو محمولا معه ويكون كإجارة المشاع ، فإن اللازم هنا أيضا تعذر التسليم على الوجه الذى يقتضيه العقد فينبغى أن يحكم بأجر المثل (قوله بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول : هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ .

ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم ، بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام ، وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع .

(قوله ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : لايخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره ، والأول ممنوع فإنه شريك ، والثانى حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لايستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . والجواب أنه عامل لنفسه فقط لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس ، وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس فى الحاجة وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الأجر انتهى كلامه . أقول : فى الجواب شىء وهو أن قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام ، لأنه إنما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الأجير ، فإن له حاجة إلى الأجر كما أن للمستأجر حاجة إلى المنفعة ، وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لاتقضى حاجته ، بل إنما تقضى حاجة المستأجر فقط ، والظاهر أن عقد الإجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط ، بل إنما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين . وإذا لم يجب للأجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التى شرع عقد الإجارة لها فلم يتم الجواب . وزيف بعض الفضلاء قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال : كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لايعطى له الأجر لايحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى . أقول : ليس هذا بشىء ، إذ لايذهب عليك أن وضع مسئلتنا فيما إذا حمل الكل ولا شك فى حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لايحصل مقصوده فى صورة عدم حمل الكل لايقدح فى الكلام المبنى على وضع المسئلة كما لايخفى (قوله وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه ، وأنه أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك لكن فى ظاهره خفاء لأن عقد الإجارة تمليك المنافع بعوض على مامر فى صدر الكتاب ، ونصيب صاحبه إنما هو فى عين العبد

وقوله (ولأن مامن جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع مايحمل من جزء إلا وهو شريك فيه ، وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ، ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم إليه . ولقائل أن يقول : لايخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره ، والأول ممنوع فإنه شريك ، والثانى حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لايستلزم عدمه بالنسبة إلى ماوقع لغيره . والجواب أنه عامل لنفسه فقط ، لأن عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس فى الحاجة ، وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الأجر . وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة . ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه ، فإنه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر ، بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل وتسليمه فى الشائع لايتحقق كما مر . وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك . ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع كما فى البيع ، بخلاف الحمل لأنه فعل حسى فكان الضابط أن كل موضع لايجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل فى العين المشتركة لايجب ، وكل موضع لايكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك

(قال المصنف : ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه) أقول : الأظهر ما من قفيز أو مامن حبة لأن الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره) أقول : وإلا لزم العوض والمعوض فى شخص واحد (قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول : كيف يحصل مقصوده والأجير إذا علم أنه لايعطى له الأجر لايحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع كما فى البيع) أقول : الخياطة أمر حسى كيف تتصور من الشائع .

(ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أىّ شىء يزرعها فالإجارة فاسدة) لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها . وكذا ما يزرع فيها مختلف ، فمنه ما يضرّ بالأرض مالا يضرّ بها غيره ، فلم يكن المعقود عليه معلوما .

لاف منافعه ، لأن المنافع ممالاتقبل الشركة على مانصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه فى استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه . وإنما يتصوّر أن يكون المعقود عليه ذلك فى البيع الذى هو تمليك العين بعوض . وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شىء فى حلّ هذا المحل ، فقال صاحب النهاية لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه : أى منفعة ملك نصيب صاحبه ، فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل صح إيقاعه فى الشائع كما قلنا فى الدار المشتركة إن العقد يرد على المنفعة انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن قياس الخصم إنما هو على استئجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به فى الكتاب لا الانتفاع به مطلقا ، فيكون العبد المشترك فى تلك الصورة أجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا . وإنما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجير وحد وذلك ليس بمقيس عليه ، ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسى كالحمل فينبغى أن لايصح إيقاعه فى الشائع كالحمل فلم يتم الفرق . وقال صاحب العناية : وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ، ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، والملك أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسى انتهى . أقول : فيه أيضا نظر لأنه إن كان مدار فرقه على أن المعقود عليه فى العبد المشترك هو المنفعة ، وفيما نحن فيه هو الفعل الحسى كما يومئ إليه إقحام المنفعة فى قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسى هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق ، وإن كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة فى استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن إيقاعه فى الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما فى النهاية . وقوله والملك أمر حكمى يمكن إيقاعه فى الشائع كما فى البيع يرد عليه أن ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا ، لأن عقد الإجارة تمليك المنافع بعوض ، ففى كل فرد من أفراد الإجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التى وقع عليها العقد فينبغى أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار

(ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بيّن أنها للزراعة ولم يبيّن ماذا يزرع فيها فالإجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لأن الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع فيها مختلف ، فمنه مايضرّ بالأرض أكثر من غيره) كالذرة والأرز فإن ضررهما بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد ، فإن زرعها ومضى الأجل وجب الأجر استحسانا ، والقياس أن لايكون له ذلك وهو قول زفر ، لأنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا . ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لأن الإجارة عقد يعقد للاستقبال ، فإذا شاهد المزروع فى بعض المدة وعرف أنه ضارّ أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من ذلك الوقت ، وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ، ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هاهنا . وصار كما إذا استأجر إلى الدياس مثلا ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس فيه ، وكما إذا باع بشرط الخيار إلى أربعة أيام ثم أسقط الرابع ، وكما إذا باع بشرط قبل مجيئه ، وهذا ردّ المختلف على المختلف . فإن زفر لم يقل بذلك أيضا . ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكر هاهنا بطريق المبادى . لايقال : ذكر هذه المسئلة تكرار لأنه ذكر فى أول باب مايجوز من الإجارة ويجوز استئجار الأراضى للزراعة ، ولا يصح العقد حتى يسمى مايزرع فيها لأن ذلك وضع القدورى وهذا وضع

(قوله أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول : العقد لايتم بنقض الحاكم بل ينفسخ من الأصل (قوله لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه) أقول : فى دلالته على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لأن ذلك وضع القدورى الخ) أقول : جواب لقوله لايقال ذكر هذه المسئلة الخ .

(فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) وهذا استحسان . وفى القياس : لايجوز وهو قول زفر ، لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا . وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا ، كما إذا ارتفعت فى حالة العقد وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد فى المدة (ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسمّ مايحمل عليه فحمل مايحمل الناس فنفق فى نصف الطريق فلا ضمان عليه) لأن العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر وإن كانت الأجرة فاسدة (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا فى المسئلة الأولى (وإن اختصما قبل أن يحمل عليه) وفى المسئلة الأولى قبل أن يزرع (نقضت الإجارة دفعا للفساد إذ الفساد قائم بعد .

إيقاع ملك المنفعة فى المشاع . لايقال: لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الإجارة فيه ، بخلاف المقيس عليه لأنا نقول: بطلان الإجارة فيا نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعى . واستدل على جواز الإجارة فيه أيضا بوجوه : منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة ، فبناء الفرق بينهما على بطلان الإجارة فيا نحن فيه مصادرة على المطلوب . وقال صاحب غاية البيان : قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما إذا استأجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب : يعنى أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمرحكمى فيمكن إثباته حكما وإن لم يكن حسا ، بخلاف المتنازع فيه لأنه أمر حسى لايتصوّر فى الشائع لعدم الامتياز حسا اه . أقول : مضمونه موافق لما فى العناية ففيه ما فيه فتأمل فى التوجيه (قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام : فإن زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد إلى الجواز ويجب الأجر المسمى إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد اه كلامه . أقول : لامعنى لقوله إذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضى العقد ، فإن ما ذكر من انقلاب العقد إلى الجواز ووجوب الأجر المسمى إنما يتصوّر إذا كان زرعها قبل نقض القاضى العقد . وأما إذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب إلى الجواز لأن المنقوض لايعود إلا بالتجديد لا محالة . والصواب أن يقال إذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضى العقد ولعل لفظة قبل فى قوله قبل نقض القاضى وقعت سهوا من الناسخ الأول بدل لفظة بعد ، ويدل عليه قوله فيما بعد وإن زرعها بعد نقض القاضى لايعود جائزا (قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) قال صاحب العناية فى حل قوله قبل تمام العقد : بنقض الحاكم . وتبعه الشارح العينى . أقول : لايخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لاتقبله الفطرة السليمة ، فإن العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصوّر أن يتم به ، وتمام الشىء من آثار بقائه واقتضائه . والحق أن المراد

الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هى قوله فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى (ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه مايحمله الناس فهلك فى نصف الطريق فلا ضمان عليه ، لأن) الإجارة وإن كانت فاسدة فـ(العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر) لأن حكم الفاسد إنما يؤخذ من الجائز ، إذ لاحكم للفاسد بنفسه لأنه مباشرة مأمور بنقضه فلا بد وأن يأخذ من الصحيح حكمه (فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا كما مر فى المسئلة الأولى) وهى قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فإنه لما حمل عليه مايحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى (وإن اختصما قبل أن يحمل عليه وفى المسئلة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعا للفساد لأنه قائم بعد) والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : وفى القياس لايجوز) أقول : قال الكاكى : أى لايجوز العقد : أى لاينقلب جائزا فيجب أجر المثل لاالمسمى انتهى . وفى شرح الشاهان: أى لايجوز أن يكون له المسمى انتهى . فتأمل أنت (قال المصنف : وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول) أقول : قال فى النهاية : بأن باع أو آجر إلى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الأجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى . وفى شرح الشاهان : والدياس انتهى .

(باب ضمان الأجير)

قال (الأجراء على ضربين : أجير مشترك ، وأجير خاص .

بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ماهو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله فى وضع المسئلة فإن زرعها ومضى الأجل: ويرشد إليه قول صاحب الكافى فى التعليل : ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضى الأجل فيرتفع الفساد اهـ . هذا وقال فى النهاية ومعراج الدراية : فإن قيل : وإن ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع مايضرّ بالأرض لجواز أن يكون ما زرعها مضرًا بالأرض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك . لأن الموجب للفساد فى ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك . فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شىء احتماله مفسد للعقد. ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولا لايتعين إلا بتعيينهما صونا عن الإضرار بأحدهما ، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما . فكذا تعيين المعقود عليه ينبغى أن يقوم بهما ، ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلايصح ذلك. وهذا الإشكال هو الذى قاله صاحب الفوائد بقوله ولى فى هذا التعليل إشكال هائل . ثم قال : قلنا الأصل إجارة العقد عند انتفاء المانع ، لأن عقود الإنسان تصح بقدر الإمكان ، والمانع الذى فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما فى تعيين المعقود عليه . وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما فى النهاية ومعراج الدراية . أقول: فى الجواب بحث ، لأن توقع المنازعة بينهما إنما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع إذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك . وأما إذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلا ، وهذا مما لاسترة به ، فالكلام الفيصل أنه إن اعتبر فى وضع هذه المسئلة علم رب الأرض باستعمال المستأجر فى الأرض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الإشكال المذكور رأسا ، وإن لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الأجل ، سواء علم رب الأرض بذلك ورضى به أو لا ، فالإشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(باب ضمان الأجير)

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الإجارة فتحتاج إلى بيانه ، كذا فى غاية البيان ، ويقرب منه ما ذكر فى معراج الدراية فقال : لما ذكر أنواع الإجارة الصحيحة

(باب ضمان الأجير)

لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع فى بيان أحكام بعد الإجارة وهى الضمان وقال (الأجراء على ضربين الخ) الأجراء جمع أجير ، وهو على نوعين : أجير مشترك ، وأجير خاص . والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى . قيل : وتعريف الأجير المشترك بقوله من لايستحق الأجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى ، لأنه لايعلم من لايستحقها قبل العمل

(باب ضمان الأجير)

(قوله شرع فى بيان أحكام بعد الإجارة وهى الضمان) أقول: إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفراده ، أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما (قال المصنف : الأجراء على ضربين الخ) أقول: من قبيل تقسيم الكل إلى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول : وإنما قال وهو أى الأجير على نوعين ، لأن الأجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ، ولزم تقسيم الشىء إلى نفسه وإلى غيره ، لكن اللام إذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف إلى الجنس ، هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع ، فإن المقسم هو جميع الأجراء بحيث لايخرج منه شىء إلا ما يطلق عليه لفظ الأجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول : يعنى لوقدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا ، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجها ، أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه ، وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب ، لكن تقديم المشترك هاهنا لأن الباب

فالمشترك من لايستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ،

والفاسدة شرع فى ضمان الأجير اه . وكل من هذين التقريرين جيد . وأما صاحب النهاية فقال : لما ذكر أبواب عقود الإجارة صحيحها وفاسدها ساقت النوبة إلى ذكر أحكام بعد عقد الإجارة وهى الضمان فذكرها فى هذا الباب اه . ويقرب منه ماذكره صاحب العناية حيث قال : لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع فى بيان أحكام بعد الإجارة وهى الضمان اه . ولا يخفى على ذى فطنة ما فى تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما وهى الضمان انتهى . فإن ضمير هى راجع إلى الأحكام ، ولا ريب أن الضمان حكم واحد لا أحكام . ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه إلى توجيه ذلك فقال : إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفراده أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما اه . أقول : توجيه الثانى ليس بوجيه ، لأن الضمان وجودا وعدما أيضا لايصلح تفسيرا للأحكام ، فإن أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح ، والضمان باعتبار وجوده وعدمه إنما يصير اثنين لاغير . ثم إن صاحب معراج الدراية قال : والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر ، واسم الفاعل منه مؤجر لامؤاجر اه . أقول : فيه إشكال ، لأن قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر ، إذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لامؤاجرا يلزم أن يكون الأجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتأمل . ورد عليه الشارح العينى بوجه آخر حيث قال : قلت هذا غلط لأن فعيلا بمعنى فاعل لايكون إلا من الثلاثى ، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر : يعنى به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه . أقول : بل الغلط إنما هو فى كلام نفسه ، فإن الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثى يكون من المزيد أيضا ، وعن هذا قال المحقق الرضى فى شرح الكافية : وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى ـ عذاب أليم ـ أى مؤلم على رأى . وقال : وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا اه . وقال الإمام المطرزى فى المغرب : وأما الأجير فهو مثل الجليس والنديم فى أنه فعيل بمعنى مفاعل اه . وهذا كله صريح فى خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيئا من العربية (قوله فالمشترك من لايستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية : والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه . يعنى أن السؤال

حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور . وأجيب بأنه قد علم مما سبق فى باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف . وقيل قوله من لايستحق الأجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لايصح عند عامة المحققين ، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريف بالمثال وهو صحيح لكن قوله لأن المعقود عليه ينافى ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح ، وفى كونه مفردا لايصح التعريف به نظر . والحق أن يقال : إنه من التعريفات اللفظية . وقوله (لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية ، وكأنه قال : من لايستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك

باب ضمان الأجير وذلك فى المشترك فتأمل ، فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كالايخفى وكان لابد منه (قوله وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول : وأنت خبير بأن قول المصنف لأن المعقود عليه إنما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فإنه يعلم به تعريف من لايستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة (قال المصنف : فالمشترك من لايستحق الأجرة) أقول : ظاهره منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية ، كأن يقال : لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الأمور الخارجة (قال المصنف : لأن المعقود عليه إنما هو العمل) أقول : عندى فيه إشارة إلى دفع السؤال بأن التعريف دورى ، فإن علم استحقاق الأجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لأن التعليل على التعريف غير صحيح) أقول : يصح ذلك باعتبار الحكم الضمنى (قوله وقوله لأن المعقود عليه إذا كان العمل ، إلى قوله : بيان لمناسبة التسمية) أقول : وعندى أنه تعليل الحكم الضمنى المستفاد من التعريف ، وهو أن بعض الأجراء لايستحق الأجرة قبل العمل ، لأن قضية

فمن هذا الوجه يسمى مشترَكا . قال (والمتاع أمانة فى يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شىء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر) لهما ما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لايمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر ، بخلاف مالا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لأنه لاتقصير من جهته . ولأبى حنيفة رحمه الله أن العين أمانة فى يده ، لأن القبض حصل بإذنه . ولهذا لو هلك بسبب لايمكن التحرز عنه لم يضمنه . ولو كان مضمونا لضمنه كما فى المغصوب ، والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لايقابله الأجر ، بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر . قال (وما تلف بعمله ، فتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشدّ به المكارى الحمل

عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا : أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار . وقال بعض الفضلاء : يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا ، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجها . أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه . وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب . لكن تقديم المشترك هاهنا لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك فى المشترك فتأمل . فإن بما ذكره الشارح العينى لم يظهر وجه اختيار تقديم

لأن المعقود عليه الخ ، ويؤيده قوله (فمن هذا الوجه يسمى مشتركا . والمتاع أمانة فى يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شىء غالب كالحريق الغالب والعدوّ المكابر . لهما ما روى عن عمر وعلىّ رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لايمكن العمل إلا به) ولا حفظ (فإذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة ، وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة إذا كانت بأجر) فإنهما يقولان إنما تصوّر المسئلة فى حافظ الأمتعة بأجر فهلك الأمتعة فإنه يضمن وإن كان العين عنده أمانة (بخلاف ما إذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغير ذلك لأنه لاتقصير من جهته . ولأبى حنيفة أن العين فى يده أمانة لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلكت فى يده بسبب لايمكن التحرّز عنه لم يضمنه ، ولو كان العين فى يده مضمونا لضمنه كما فى المغصوب) فإن قيل : الاعتبار ليس بصحيح لأن ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك . أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا) وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلى بل لإقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لايقابله الأجر) وإذا كان تبعا ثبت ضرورة إقامة العمل لم يتعدّ إلى إيجاب الضمان (بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر) قال (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه الخ) وما تلف بعمل الأجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشدّ به المكارى الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مدّها صاحبها مضمون عليه . وقال زفر والشافعى : لاضمان عليه لأنه أمره بالفعل

عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه . ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة ، هذا هو مراد المصنف : إلا أن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ، ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لأن المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول : لايبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار (قال المصنف : لهما ماروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما) أقول : قال الزيلعى : وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى . وفى النهاية : روى عن عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ما ضاع على يده . وعن على رضى الله عنه أنه كان

وغرق السفينة من مده مضمون عليه . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار .

المشترك كما لايخنى وكان لابد منه ، إلى هنا كلامه . أقول : ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتام . أما أولا فلأن معنى باب ضمان الأجير باب ضمان الأجير إثباتا ونفيا كما أشار إليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وهى الضمان وجودا وعدما وإلا : أى وإن لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب إثبات الضمان لزم أن لايصح عنوان الباب على قول أبى حنيفة أصلا ، إذ لاضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والأجير الخاص ، وأن لايصح ذلك عندهما أيضا إلا فى بعض صور من مسائل الأجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا ، وهذا مما لاينبغى أن يرتكب ، فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم إثبات الضمان ونفيه كان نسبته إلى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك فى المشترك . وأما ثانيا فلأن الطرفين إذا كانا متساويين لم يحتج هناك إلى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين ، بل لم يتصور هناك ذلك ، وإنما يكون مرجح أحد الطرفين هنالك نفس الاختيار لاغير كما أشرنا إليه فى تقرير مراد صاحب العناية . وقد تقرر فى العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز ، وإنما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لايفسر بتمام ما ذكره . وقوله وكان لابد منه مما لاصحة له . نعم يمكن منع تساوى الطرفين فيما نحن فيه . لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر . وقال صاحب النهاية : فإن قلت : هذا يعنى تعريف الأجير المشترك بقوله من لايستحق الأجرة حتى يعمل تعريف يئول عاقبته إلى الدور ، لأن هذا حكم لايعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك ، ثم لو كان عارفا بالأجير المشترك لايحتاج إلى هذا التعريف ، ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الأجير المشترك لأنه يحتاج إلى السؤال عمن لايستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو ، فلا بد للمعرف أن يقول هو الأجير المشترك وهو عين الدور . قلت : نعم كذلك ، إلا أن هذا تعريف للخنى بما هو أشهر منه فى فهوم المتعلمين . أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لأنه ذكر قبل هذا استحقاق الأجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه فى باب الأجر متى يستحق فصار كأنه قال : وما عرفته أن الأجير الذى يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب خلل . أما أولا فلأن قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن إصلاحه ، فما معنى قوله بعد ذلك إلا أن هذا تعريف للخنى الخ . وأما ثانيا فلأن كون الأجير المشترك خفيا ، وما ذكر فى التعريف أشهر منه ممنوع ، كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب إذا سئل عمن لايستحق الأجرة حتى يعمل بمن هو بأنه هو الأجير المشترك . وأما ثالثا فلأن المذكور فى باب الأجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالأجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الأجير المشترك والأجير الخاص فإنهم حصروا هناك سبب استحقاق الأجير مطلقا للأجرة فى معان ثلاثة هى : شرط التعجيل ، والتعجيل من غير شرط ، واستيفاء المعقود عليه ، ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالأجير المشترك لزم أن لايستحق الأجير الخاص الأجرة أصلا فيما إذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان ، وإذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للأجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال فى توجيه معنى تعريف الأجير المشترك هاهنا بما ذكر فصار كأنه قال : وما عرفته أن الأجير الذى يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك . ثم إن صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين فى النهاية بعبارة أخرى حيث

مطلقا إذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك مايدل على السلامة ، والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالإطلاق

لايضمن القصار والصائغ ونحوهما ، ولأجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بأقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم بقدر الإمكان ، انتهى كلام صاحب النهاية . قال ابن البزازى : معناه عمل فى كل نصف ، يقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى . فكأنه أراد بالصلح مجازه وهو الحط . وفى فتاوى قاضيخان : الفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله .

قال : قيل وتعريف الأجير المشترك بقوله من لايستحق الأجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى ، لأنه لايعلم من لايستحق قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور . وأجيب بأنه قد علم مما سبق فى باب الأجر متى يستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اه . أقول : أصلح الجواب فى الجملة كما ترى ، ولكن فيه أيضا خلل ، لأنه إن أراد بما علم مما سبق فى ذلك الباب ماذكر هناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به فى النهاية . يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من أن ذلك الحكم عام للأجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الأجير المشترك بذلك ، وإن أراد به ما ذكر هناك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله فى تقريرهذا الجواب: قد علم مما سبق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لايستحق الأجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الأجير المشترك فتأمل . وقال بعض الفضلاء : وأنت خبير بأن قول المصنف لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال ، فإنه يعلم به تعريف من لايستحقها حتى يعمل بمن استؤجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ، ولا حاجة إلى الحوالة انتهى كلامه. أقول : ليس هذا بشىء لأن تعريف الأجير المشترك بمن لايستحق الأجرة حتى يعمل مما اختاره القدورى ، وذكره فى مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لايستحقها حتى يعمل، والمصنف أيضا ذكره وحده فى البداية ، وإنما زاد عليه التعليل المذكور فى الهداية ، والسؤال المزبور إنما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه مايفيد معرفته . وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته ، كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة ، وإذا لم يذكر معه شىء يحصل به معرفته ، فإما أن تحتاج معرفته إلى معرفة الأجير المشترك الذى هو المعرف فيلزم الدور أو لاتحتاج إليها بل حصلت بماهو معلوم ومعهود فيما سبق فلابد فى الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة ، نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر . ثم قال ذلك البعض من الفضلاء : ظاهر قوله فالمشترك من لايستحق الأجرة حتى يعمل منقوض بالأجير المشترك إذا عجل له الأجر أو شرط التعجيل فيحتاج إلى نوع عناية ، كأن يقال : لايستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الأمور الخارجة انتهى . أقول : إنما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج إلى نوع عناية فى دفعه لوكان معنى قوله المذكور المشترك من لايستحق الأجرة قبل أن يعمل . وأما إذا كان معناه المشترك من لايستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الأجير الخاص بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل أصلا على ماسيجىء فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الأجير المشترك إذا لم يقع منه العمل أصلا لايستحق الأجرة ، حتى لو كان أخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستأجر ، وكأن الإمام الزيلعى تدارك هذا المعنى حيث قال فى شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الأجر حتى يعمل : يعنى الأجير المشترك لايستحق الأجرة إلا إذا عمل انتهى فتبصر . ثم إن صاحب العناية قال : وقيل قوله من لايستحق الأجرة حتى يعمل مفرد . والتعريف بالمفرد لايصح عند عامة المحققين ، وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح ، ولكن قوله لأن المعقود عليه ينافى ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح . وقال : وفى كونه مفردا لايصح التعريف به نظر . والحق أن يقال إنه من التعريفات اللفظية ، وقوله لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية ، وكأنه قال : من لايستحق الأجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك ، لأن المعقود عليه الخ ، ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء : وعندى أنه يعنى قوله لأن المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمنى المستفاد من التعريف ، وهو أن بعض الأجراء لايستحق الأجرة قبل العمل ، لأن قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ، ولو استحق من استؤجر على العمل قبله

ولنا أن الداخل تحت الإذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة ، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه ،

تبطل المساواة ، هذا هو مراد المصنف ، إلا أن المصنف فرّع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل، إلى هنا كلامه . أقول : مدار استخراج ذلك البعض ورأيه فى هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف هاهنا لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك، بل عبارته هاهنا لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ، ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ، ومجموع الشرط والجزاء داخل فى التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية ، فالحق ما قاله صاحب العناية ، على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره تعليلا لما ذهب إليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفريع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل ، لأن مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هى المساواة كما تقدم بيانه ، ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما إذا كان الأجير مشتركا تتحقق فيما إذا كان الأجير خاصا أيضا ، فلو صح تفريع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الأجير الخاص أيضا للعامة ، وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح ، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة ، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه) أقول : فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور ، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلاث الباقية منها إذ قد مر فى أواخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفى الأجر ، لأن المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع ، وكل صانع ليس لعمله أثر فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع ، وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين ليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح ، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم فى العين فلا يتصور حبسه انتهى . فقد تلخص منه أن العمل على نوعين : نوع له أثر فى العين كعمل الصباغ والقصار . ونوع ليس له أثر فى العين كعمل الحمال والملاح. وأن المعقود عليه فى النوع الأول هو الأثر وهو الوصف القائم فى الثوب ، والمعقود عليه فى النوع الثانى نفس العمل لاغير . ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح ، وإذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر فى العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة إلى الأثر ، وكيف يصح أن يقال فيها الأثر هو المعقود عليه حقيقة ، وقد صرح فيما مرّ بأن المعقود عليه هناك نفس العمل ، وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر ليس بمستقيم على إطلاقه ، إذ قد مرّ أيضا فى الباب المزبور أنه إذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه انتهى . نعم إذا أطلق العمل فله أن

قصار كالأجير الوحد ومعين القصار . ولنا أن الداخل تحت الإذن : أى الأمر ما هو الداخل تحت العقد ، لأن الأمر إما بالعقد أو لازم من لوازمه ، والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود ، حتى لو حصل ذلك بفعل غير الأجير وجب الأجر ، وإذا كان كذلك كان الأمر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مأمورا به ، بخلاف معين القصار لأنه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرّع ، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ، والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرّع له ، ولو

(قوله لأنه هو الوسيلة إلى الأثر الحاصل فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه) أقول : قوله الذى صفة للأثر (قوله لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ،والملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له)

بخلاف المعين لأنه متبرّع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرّع ،وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ، وبخلاف أجير الوحد على مانذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (إلا أنه لايضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده) لأن الواجب ضمان الآدمى ، وأنه لايجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة . وضمان العقود

يستأجر من يعمله كما مرهناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام . والأولى فى التعليل هاهنا ماذكره صاحب الكافى حيث قال : لأن الداخل تحت الإذن ماهو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح : لأن الإذن إنما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مرّ فى البيوع . فإذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه . كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اهـ . (قوله بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية : وللمتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له اهـ . وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال : الحكم يدار على دليله وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره فى الأيمان فقوله لأنه يمتنع عن التبرّع بيان لحكمة عدم التضمين اهـ. أقول : هذا لايجدى شيئا لأن صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرّع فى صورة حصول المضرّة به لغير من تبرّع له . بل أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة هاهنا لحديث جواز كون الحكمة أخص ، على أن لصاحب العناية أن يقول لايصلح قوله لأنه يمتنع عن التبرّع بيانا لحكمة عدم التضمين أيضا . فإنه إذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين . بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى . ثم قال صاحب العناية : ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لاتقتضى السلامة كان أسلم اهـ . أقول : ولقائل أن يقول : هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر إلى من تبرّع له لايقتضى جواز ذلك إذا تضمن ضررا لغير من تبرع له ، ألا يرى أنه إذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك أنه يلزمه الضمان فلم لايلزمه الضمان إذا عمل فى ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للأجير فتلف بعمله ملك المستأجر فليتأمل(قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال : انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله ؟ فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : يشكل هذا على ما مر من أن الأجير المشترك لايضمن ما هلك فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله وإن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فإنه يجوز أن يقال هناك أيضا : إن الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغى أن يضمن بالاتفاق . ثم أقول : يمكن الفرق بأن التقصير هناك فى الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لامقصودا كما مر فلا اعتبار له . وأما ها هنا فالتقصير فى نفس العمل الذى هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لأن الواجب ضمان الآدمى وأنه لايجب بالعقد وإنما يجب بالجناية) قال فى الكفاية : لايقال إن ضمان بنى آدم يجب بالتسبيب وقد وجدَ ، لأن المسبب إنما يضمن إذا تعدى وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدى اهـ . أقول : فيه بحث ، وهو أنه كيف يكون كلامنا فيما إذا لم يوجد التعدّى وقد وجب

علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لاتقتضى السلامة كان أسلم ، وبخلاف الأجير الوحد على ما نذكره . وقوله (وانقطاع الحبل) جواب عما عسى أن يقال :.انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ماتلف بعمله فإنه (من قلة اهتمامه فكان من صنيعه إلا أنه لايضمن به) أى بفعله (بنى آدم ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن الواجب ضمان الآدمى وضمان الآدمى لايجب بالعقد إنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لاتتحمل ضمان العقود

أقول : الحكم يدار على دليله ، وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره فى الأيمان ، فقوله لأنه يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمين (قوله وهى لا تقتضى السلامة) أقول : قال الله تعالى - ما على المحسنين من سبيل .

لاتتحمله العاقلة . قال (وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر ، فإن شاء ضمنه قيمته فى المكان الذى حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه ، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر فى الطريق والحمل شىء واحد تبين أنه وقع تعدّيا من الابتداء من هذا الوجه . وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أىّ الوجهين شاء . وفى الوجه الثانى له الأجر بقدر ما استوفى ، وفى الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلا . قال (وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك . وفى الجامع الصغير : بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان . ووجهه أنه لايمكنه التحرّز عن السراية

على الأجير المشترك فى مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ، ولولا التعدى لما ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله فإن الأصل عنده أن المتاع أمانة فى يد الأجير إن هلك لم يضمن شيئا كما مر . ووجه التعدى فيما نحن فيه على مافهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا هو مخالفة الأجير لإذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد ، مع أن الداخل تحت إذنه إنما هو العمل المصلح ، وسيجىء من المصنف التصريح بوقوع التعدى فى المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه فى الأحكام (قوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان) لأنه ذكر فى مسئلة القدورى عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى أنه إذا تجاوز يجب الضمان وذكر فى مسئلة الجامع الصغير الأجرة وحجامة العبد بأمر المولى ، حتى أنه إذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور فى إحداهما مذكورا فى الأخرى ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وأحسن من ذلك فى البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيها : لأن رواية المختصر ناطقة

ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته فى المكان الذى حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) وإنما وضع المسئلة فى الفرات لأن الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) إنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما فى تخريق الثوب بالدق (فإن السقوط بالعثار فى الطريق أو بانقطاع الحبل ، وقد تقدم أن كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضى أن لايخيّر عند أبى حنيفة بل يضمنه قيمته فى المكان الذى انكسر ، لأن المال عنده أمانة فى يد الأجير المشترك ، وإذا كان أمانة وجب أن لايضمن قيمته فى المكان الذى حمله منه (فلأنه إذا انكسر فى الطريق والحمل شىء واحد تبين أنه وقع تعدّيا من الابتداء من هذا الوجه . ومن حيث أن ابتداء الحمل حصل بإذنه لم يكن تعديا ، وإنما التعدى عند الكسر فيختار أىّ الجهتين شاء فإن اختار الوجه الثانى فله الأجر بقدر ما استوفى من العمل ، وإن اختار الوجه الأول فلا أجر له لأنه ما استوفى أصلا ، وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك . وفى الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وإنما أعاد روايته لنوع بيان ليس فى رواية القدورى ، وكل منهما يشتمل على نوع من البيان ، أما فى القدورى فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن . وأما فى الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن . ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن ، وإنما هو بالسراية بعد تسليم العمل

(قوله فلأنه إذا انكسر فى الطريق الخ) أقول : تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما فى الجامع ، إلى قوله : والهلاك) أقول : فيه بحث (قوله ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن) أقول : لأن التخصيص بالذكر فى الروايات يفيد نفى الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول : لايخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل ، وإنما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل .

لأنه يبتنى على قوّة الطباع وضعفها فى تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ، ولا كذلك دقّ الثوب ونحوه مما قدمناه ، لأن قوّة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد . قال (والأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) وإنما سمى

بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن ، ورواية الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز ، فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير ، وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر . فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان ، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه . وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان. أما فى القدورى فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن ، وأما فى الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه . أقول : فى بيانه خلل ، فإنه جعل الهلاك أيضا من البيان الذى فى عبارة الجامع الصغير ، وليس بسديد إذ لاشك أن مراد المصنف بقوله وفى كل واحد من العبارتين نوع بيان أن فى كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور فى كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما ، فإنه قال فى مختصر القدورى : فيما عطب من ذلك ، وقال فى الجامع الصغير : فنفقت وفى كل واحد منهما معنى الهلاك ، بل ما فى مختصر القدورى صرح فى ذلك بما فى الجامع الصغير ، فإن أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات (قوله والأجير الخاص الذى يستحق الأجرة بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل) قال صاحب العناية : وقد ذكرنا مايرد على الأجير المشترك . والجواب عنه فعليك بمثله هاهنا اه . أقول : لايذهب على الفطن أن مثل الجواب المذكور هناك عن الإيراد على تعريف الأجير المشترك بأنه تعريف دورى لايتمشى هاهنا ، يظهر ذلك بأدنى وجه وتدبر فكأن صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال : وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى . ولم يتعرض للجواب ، لكن فى تحريره أيضا ركاكة ، لأن المذكور فيما تقدم تعريف الأجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لاتعريف الأجير الخاص وما ورد فيه

والتحرز عنها غير ممكن لأنه أى السراية يبتنى على قوّة الطباع وضعفها فى تحمل الألم ، وما هو كذلك مجهول ، والاحتراز عن المجهول غير متصوّر فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ، ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار ، والتحرز عنه ممكن لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد. فإن قيل : قد علم من رواية الكتابين أن الحجام إذا حجم العبد بإذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت . أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان إذا ختن فقطع الحشفة فإن برئ فعليه ضمان كمال الدية ، وإن مات فعليه نصف بدل نفسه . فإن قيل : هذا مخالف لجميع مسائل الديات فإنه كلما ازداد أثر جنايته انتقض ضمانه . أجيب بأن محمدا قال فى النوادر : إنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو مقصود لا ثانى له فى النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما فى قطع اللسان . وأما إذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضمانه نصف بدل النفس لذلك . فإن قيل : التنصيف فى البدل يعتمد التساوى فى السبب وقد انتفى ، لأن قطع الحشفة أشدّ إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لامحالة فكان كقطع اليد مع حزّ الرقبة. أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافا وأن لايقع إتلافا ، والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا بخلاف الحر فإنه لايحتمل أن لايقع إتلافا . قال (والأجير الخاص الخ) الأجير الخاص هو الذى يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل ، كمن استؤجر شهرا لخدمة شخصين أو لرعى غنمه ، وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك . والجواب عنه فعليك

قال المصنف : لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول : ذكر الضمير لكونها فى تأويل أن مع الفعل ، والمراد لأن السراية وجودا وعدما تبتنى (قوله حتى إن الختان إذا ختن فقطع الحشفة) أقول : وفى صحة التفريع كلام ، ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة (قوله فعليك

أجير وحد لأنه لايمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه فى المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل . قال (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف فى يده ولا ما تلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة فى يده لأنه قبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة ، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ، والأجير الوحد لايتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس . وأما الثانى فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لايضمنه ، والله أعلم بالصواب .

فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة ، اللهم إلا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالا كثيرة رغبة فى كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لايقصر فى حفظها ولا يأخذ إلا مايقدر على حفظه ، كذا فى العناية أخذا من الكافى . قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإن حكمها بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين فى الكتاب ، وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الأجراء فى الحفظ انتهى . أقول : هذا البحث ساقط جدا ، إذ الظاهر أن ماذكر هنا حكمة حكمها بضمان الأجير المشترك ، وما ذكره فيما مر فى الكتاب من الوجهين إنما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافى بينهما أصلا ، على أنه لو كان ماذكر هنا أيضا دليلا لاحكمة لم يلزم محذور قط ، إذ لاتنافى بين ما ذكر هنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض ، فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم .

بمثله هاهنا ، وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أى ولأن الأجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له (يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل) على بناء المفعول ، بخلاف الأجير المشترك . فإنه روى عن محمد فى خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلاأجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى ربّ الثوب ، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل ، وإن كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل ، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن ، بخلاف ما إذا فتقه أجنبىّ لأنه بفتق الأجنبى لايمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا ، ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الأجر (ولا يضمن ما تلف فى يده) بأن سرق منه أو غاب أو غصب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدوم فى عمله أو تخرق الثوب من دقه إذا لم يتعمد الفساد ، فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع إذا تعدى (أما الأول) وهو ما إذا تلف فى يده (فلأن العين أمانة فى يده لحصول القبض بإذنه ، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة وكذا عندهما ، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس) فإنه يقبل أعيانا كثيرة رغبة فى كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لايقصر فى حفظها ولا يأخذ إلا مايقدر على حفظه (والأجير الوحد لايقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس . وأما الثانى) وهو ما إذا تلف من عمله (فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها ، والأمر بالتصرف فيها (فإذا أمره بالتصرف فى ملكه صح ويصير المأمور) أى الأجير (نائبا منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لايضمنه ، والله أعلم)

بمثله هاهنا) أقول : فيه بحث (قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول : يعنى نقضه أجنبى (قوله لحصول القبض بإذنه) أقول : القبض بالإذن حاصل فى المودع بأجر وهو ضامن لما تلف فى يده فكان المناسب أن يقول : ولا أجر للحفظ ، إلا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر فى حفظها) أقول : فيه بحث ، فإن حكمها بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين فى الكتاب ، وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الأجراء فى الحفظ . والأظهر أن يقال : وكذا عندهما لعدم جريان وجهى الاستحسان فى أجير الوحد فبقى على القياس .

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

(وإذا قال للخياط إنخطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم . وإن خطته روميا فبدرهمين جاز . وأىّ عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به) وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم . وإن صبغته بز عفران فبدرهمين ، وكذا إذاخيره بين شيئين بأنقال :آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أوهذه الدار الأخرى بعشرة ، وكذا إذاخيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال :آجرتك هذهالدابة إلىالكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء ، وإن خيره بين أربعة أشياء لم يجز . والمعتبر فى جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة ، غير أنه لابد من اشتراط الخيار فى البيع ، وفى الإجارة لايشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما ، وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار (ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم . وإن خطته غدا فبنصف درهم .

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر فى هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين ، لأن الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار فىالبيع وفى الإجارة لايشترط ذلك ، إلى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لاترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال : أقول الجهالة التى فى طرف الأجرة ترتفع كما ذكروا ، وأما الجهالة التى فىطرف العين المستأجرة فىنحوقوله آجرتك هذه الدارسنة بخمسة أوهذه الدار بعشرة فهى ثابتة . وهى تفضى إلى النزاع فى تسليم العين وتسلمه ،إذ المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الآخرفيتحقق النزاع فينبغى أن لاتصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه . وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاستشكال فى صورة أن يكون من عند نفسه . ويمكن الجواب بأن يقال إن الثمن يجب فى باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية إلى النزاع حين وجوب الثمن إلا بإثبات الخيار ، والأجرة فىباب الإجارة لاتجب بمجرد العقد بل بالعمل ، وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لامحالة فلا حاجة إلى إثبات الخيار ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا الجواب بشىء إذ ليس فيه شىء زائد على ما ذكروا فى الفرق ههنا ، و الإشكال المزبور إنما يتجه بعد ذلك ،فإن الجهالة التى فى طرف العين المستأجرة تفضى إلى النزاع فى تسليم العين وتسلمها

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر فى هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين ، لأن الواحد قبل الاثنين . قال (وإذا قال للخياط الخ) إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وإن خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق ، وأىّ العملين عمل استحق الأجر المسمى له ، وكذلك إذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين ، وكذلك إذا كان بين ثلاثة أشياء ، أما إذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز ، والمعتبر فى جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لابد من اشتراط الخيار فى البيع ، وفى الإجارة لايشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

(قوله إذا قال رجل للخياط إن خطت هذا الثوب) أقول : فإن قيل : أليسهذا تعليقا والإجارة لا تقبله ، قلنا : ليس هذا تعليقا لعقد الإجارة بأمر آخر كأن يقول إن جاء زيد فقد آجرتك دارى هكذا وهو الذى لا يقبله العقد ، أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لابد من اشتراط الخيار فى البيع) أقول : يعنى خيار التعيين .

فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لايجاوز به نصف درهم . وفي الجامع الصغير : لاينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان) قال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد ، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا ، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان .

فلا يبقى الجبال للعمل نفسه ، إذ العمل في نحو استئجار الدار إنما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها ، وعند النزاع لايتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لايخفى فليتأمل في دفع أصل الإشكال (قوله وقال زفر : الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال إفراد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت ، حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر ، فكذا هاهنا . وذكر الغد للترفيه لأنه حال إفراد العقد في الغد بأن قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا هاهنا ، إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان . أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم . وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد ، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو نصف درهم ، وهو باطل لكون الأجر مجهولا وذلك يفضي إلى النزاع ، كذا في الشروح والكافي . قال صاحب العناية بعد ذلك البيان . والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل ، فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن زوال الجهالة بوقوع العمل إنما يتصور إذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ، ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لاتزول الجهالة

معلوما ، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار . وإذا قال : إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف درهم . قال أبو حنيفة : الشرط الأول جائز والثاني فاسد ، فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله . وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان ، ففي أيهما خاط استحق المسمى فيه . وقال زفر : الشرطان فاسدان لأن العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع ، وبيان ذلك ماذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال إفراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا هاهنا . وذكر الغد للترفيه لأنه حال إفراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا هاهنا إذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان ، أما في اليوم فلأن ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم ، وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق ، لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد ، وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولا . والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإن به يتعين الأجر للزومه عند العمل كما تقدم . ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لأنه حقيقته فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم ، فبانقضاء اليوم لايبقى العقد إلى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت ، وذكر الغد للتعليق : أي للإضافة لأن الإجارة لاتقبل التعليق لكن تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة ، وإذا كان للإضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول : فيه بحث ، إذ لاتزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم ، فالأولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول : آنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول : فيه شيء ، بل حقيقته التعليق لمكان أن ، وجوابه ظاهر ، فإنه قال : ذكر الغد للإضافة وهي حقيقة ، ودخول إن بعد

ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت . وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان ، ولأن التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين . ولأبى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ،

قطعا لأن العمل المشروط أمر واحد ، فى أىّ يوم يقع يلزم أن يكون فى مقابلته بدلان على سبيل البدل . فالوجه فى الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين فى كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة ، ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع فى كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية : وفيه كلام . وهو أن الإمامين جعلا اليوم فى مسئلة أن يستأجر ليخبز له اليوم كذا بكذا للتعجيل هربا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الأمر الباطل هاهنا انتهى . أقول : هذا الكلام ظاهر الاندفاع ، لأن الإمامين إنما حملا اليوم هاهنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقته وعدم تحقق الصارف عنها إلى المجاز عندهما كما صرح به فى الكافى والشروح ، وإنما جعلا اليوم فى مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة إلى المجاز هناك وهو بصحيح العقد . فإن الأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن . وإنما أمكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما . ولقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : قد جعلا ذكر اليوم فى مسئلة خبز الخاتم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك هاهنا ؟ قلت : هنالك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وهاهنا حملا على الحقيقة للتصحيح أيضا إذ لو عكس الأمر فى الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد . والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولأبى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الإضافة : أى للإضافة حقيقة . لأن الإجارة لاتقبل التعليق ولكن تقبل الإضافة إلى وقت فى المستقبل فتكون مرادة ، كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم : ولهذا ذكر فى بعض النسخ ذكر الغد للإضافة . وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالإضافة : ويجوز أن يقال : عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف فى الغد ليس بتسمية جديدة ، لأن التسمية الأولى باقية ، وإنما هو حط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق : أى لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث ، إذ لو لم يكن النصف فى الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى : يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويفسد الثانى ، إذ على ذلك التقدير لايكون فى الغد إلا تسمية واحدة هى التسمية الأولى ، ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجويز ذلك المعنى هاهنا إفساد لدليل أبى حنيفة بل لمدعاه أيضا ، فكأنه إنما اغترّ بما ذكره صاحب غاية البيان فإنه قال فى شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الإمامين . المراد من التعليق الإضافة ، لأن تعليق الإجارة لايجوز وقال : أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير إلى الغد وذلك جائز لاتعليق الإجارة انتهى . ولكن لايخفى على الفطن أن تجويز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الإمامين لايستلزم محذورا يستلزمه تجويزه أثناء تقرير دليل أبى حنيفة ، فإنهما يقولان :

(قوله ولأن التعجيل والتأخير مقصود) دليل آخر لهما ، ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة ، فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه فى اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما فى الخياطة الفارسية والرومية (ولأبى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أى للإضافة ، ويجوز أن يقال : عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف فى الغد ليس بتسمية جديدة ،

التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول : لا يقال هذا مخالف لما قاله آنفا من أن ذكر اليوم للتأقيت ، لأنه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم ، بل إنه لازم من لوازم معناه فتأمل ، ويجوز أن يحمل الكلام على الإلزام (قال المصنف : ولأبى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة .

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ، وإذا كان كذلك

لايجتمع فى كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك ، بخلاف قول أبى حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإنا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافى لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل ، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة ، وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التى هى التأقيت إلى المجاز الذى هو التعجيل ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : يشكل هذا بمسئلة الراعى فإنه يجتمع فيها العمل والوقت ، وتصح الإجارة بالاتفاق ، ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقى فى قول أحد ، بل يعتبر الأجير أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا ، وأجير وحد إن وقع ذكر المدة أولا ، صرح بذلك فى عامة المعتبرات سيما فى الذخيرة والمحيط البرهانى . قال صاحب الكافى : وفى المسئلة إشكال هائل على قول أبى حنيفة رحمه الله ، فإنه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى أجاز العقد ، وفى مسئلة الخاتم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره . والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز . وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا إلى المجاز بهذا الدليل ، ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا ففسد العقد ، انتهى كلامه . وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الإشكال . والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال . والجواب أن الجواز بظاهر الحال فى حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود ، بخلاف مانحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى . أقول : يشكل الجواب المذكور عن ذلك الإشكال بمسئلة أخرى مذكورة فى المحيط البرهانى وهى ما قال فيه ، ولو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلا أجر لك ، قال محمد فى الأمالى : إن خاطه فى اليوم الأول فله درهم : وإن خاطه فى اليوم الثانى فله أجر مثله لايزاد على درهم فى قولهم جميعا . لأن إسقاط الأجر فى اليوم الثانى لاينفى وجوبه فى اليوم الأول ، ونفى التسمية فى اليوم الثانى لاينفى أصل العقد فكان فى اليوم الثانى عقدا لاتسمية فيه فيجب أجر المثل ، انتهى لفظ المحيط . فإن أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد فى اليوم الأول فى هاتيك المسئلة كما أفسده فى حالة الانفراد مع أنه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه ،

لأن التسمية الأولى باقية ،وإنما هو لحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق : أى لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير ،وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لايجوز المصير إلى المجاز ،وإذا كان للإضافة لاتجتمع تسميتان فى اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التى هى التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فإنا إذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير وحد وهما متنافيان لتنافى لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل ، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس فى المدة ، وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات ، ولذلك عدلنا عن

ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول : قيل إذا تأملت فى كلام الهداية : أعنى قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ماذكره صاحب العناية . فإن صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقته : أعنى التوقيت لزوم فساد العقد ، ومنه يفهم أنه حمل على مجازه لهذا المناط ، إذ القرينة المانعة عن إرادة الحقيقة فى صورة تعين المجاز كافية فى الحمل على المجاز على ما عرف . نعم لو جعل المناط من أول الأمر ما ذكره صاحب الكافى حيث قال لأنه زاد له فى الأجر متى خاط فى اليوم ونقص متى أخر ، وهو دليل أن اليوم للتعجيل لا للتوقيت لاستقامة الكلام من غير ريبة ، ولكن على ماذكره فى الهداية الفرق مشكل على مالا يخفى ، وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيده فتأمل . وفى كتاب الصرف فى مسئلة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصا فى شرح ابن الهمام (قوله لأن التسمية الأولى باقية ، وإنما هو لحط النصف الآخر الخ) أقول : فتأمل كيف اجتمع حينئذ فى الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول : كان الظاهر أن يقول : وهو يقبل التعليق كما لا يخفى ، لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما مر مرارا .

يجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم ، فيصح اليوم الأول ويجب المسمى. ويفسد الثانى ويجب أجر المثل لايجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى فى اليوم الثانى . وفى الجامع الصغير لايزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، لأن التسمية الأولى لاتنعدم

إذ لاشك أن قوله إن خطته غدا فلا أجر لك لايكون دليلا على عدم إرادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت ، بل يكون دليلا على إرادة حقيقة ذلك ، إذ لولم يكن مراده التوقيت لما نفى الأجر بالكلية فى الغد . وإذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم فى تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتم جدا على قول أبى حنيفة فليتأمل . واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : ولابد لأبى حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل . وقال : ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الأمر فإنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت ، وقال : وفيه تأمل انتهى . أقول : لايتوجه هذا الاستشكال رأسا إذ لانسلم أن أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل فى الصورة المزبورة ، بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الإفراد ، وإنى تتبعت عامة المعتبرات ولم أجد فى شىء منها ما يدل على صحة العقد فى الصورة المزبورة عند أبى حنيفة ، بل وجدت فى بعض منها التصريح بعدم صحة العقد فى تلك الصورة ، فإن الإمام الزاهدى قال فى شرحه لمختصر القدورى نقلا عن شرح الأقطع : ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى . نعم قد قيل فى الكافى وكثير من الشروح فى أثناء بيان دليل زفر فى المسئلة التى نحن بصددها توضيحا لقوله إن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ، ولهذا لو أفرد العقد فى اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت ، حتى لو خاطه فى الغد استحق الأجر فكذا هاهنا انتهى . لكن الظاهر أن ذلك القياس المذكور فى دليل زفر إنما ينتهض حجة على الإمامين ، فإنهما يقولان بالتعجيل حالة الإفراد لا على أبى حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفى الجامع الصغير : لايزاد على درهم ولاينقص من نصف درهم ، لأن التسمية الأولى لاتنعدم

الحقيقة التى هى التأقيت إلى المجاز الذى هو التعجيل (وحينئذ تجتمع فى الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثانى ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول : فى جعل اليوم لتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية . وفى جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكما . والجواب أن فساد الإجارة الثانية يلزم فى ضمن صحة الأولى والضمنيات غير معتبرة . واستشكل على قول أبى حنيفة بمسئلة الخاتم ، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد العقد ، وهاهنا للتعجيل وصححه . وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لايترك إذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه ، فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه ، وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير ، بخلاف حالة الانفراد فإنه لادليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد . ورد بأن دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال . والجواب أن الجواز بظاهر الحال فى حيز النزاع فلابد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود ، بخلاف مانحن فيه فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال . ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق ، وإذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الرواية عن أبى حنيفة إذا خاطه فى اليوم الثانى . روى عنه أن له فى اليوم الثانى أجر مثله لايجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى فى اليوم الثانى . قال القدورى رحمه الله : هى الصحيحة (وفى الجامع الصغير لايزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، لأن التسمية الأولى لاتنعدم

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير)أقول : ولا بد لأبى حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل ، ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الأمر فإنها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت .فيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فإن نقصان الأجر دليل) أقول : يعنى دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول : وله على الجواز متعلق بقوله زائد (قوله وفى الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول : لايقال كان الواجب

فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله هو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى (ولو قال : إن سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم فى الشهر ، وإن سكنته حدادا فبدرهمين جاز ، وأىّ الأمرين فعل استحق الأجر المسمى فيه عند أبى حنيفة . وقالا : الإجارة فاسدة ، وكذا إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه عطارا فبدرهم وإن سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لايجوز . ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرّ شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كرّ حنطة فبدرهم فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة . أما فى هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما . ولأبى حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية ، وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ؛ ألا ترى أنه لايدخل ذلك فى مطلق العقد وكذا فى أخواتها ،

فى اليوم الثانى فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول : فيه نظر ، إذ قد تقرر فى أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية فى الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلا ، بل يجب أجر المثل وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية هاهنا لمنع النقصان وهلا هذا مخالفا لما تقرر (قوله أما فى هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما) قال صاحب التسهيل : يرد على أصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ، فإن الأجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الإجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا إلا عند زفر ، انتهى

لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فإن خاطه فى اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبى حنيفة هو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى مابعد الغد أولى) وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه . قال (ولو قال : إن سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال : إن سكنت فى هذا الدكان عطارا فبدرهم ، وإن سكنته حدادا فبدرهمين ، وكذا إن استأجر بيتا فقال إن سكنت فيه عطارا فبدرهم ، وإن سكنت فيه حدادا فبدرهمين . ولو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرّ شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كرّ حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وإن استأجرها إلى الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهوجائز ، ويحتمل الخلاف . وإنما قال ذلك لأن هذه المسئلة ذكرت فى الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ، ويحتمل أن يكون قول أبى حنيفة خاصة كما فى نظائرها . وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشيئين ، وكذلك الأجر أحد الشيئين وهو مجهول ، والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان . فإن قيل : مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة . أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر ثمة يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة . أما فى هذه المسائل فالأجر يجب بالتخلية فى الدار والدكان والتسليم فى العبد فتبقى الجهالة . وهذا الحرف : أى قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الأصل عندهما . ولأبى حنيفة أنه خيّره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما فى مسئلة الرومية والفارسية ، وهذا أى كونهما مختلفين لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ؛ ألاترى أنه أى إسكانه الحداد لايدخل فى مطلق العقد وكذا

فى جهالة المسمى أجر المثل بالغا مابلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين ، فإن هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر إلى لفظ المؤجر (قوله والتسليم فى العبد) أقول : فيه شىء ، وكان الظاهر أن يقال : والتسليم فى الدابة .

والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به .

(باب إجارة العبد)

كلامه . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن الأجر وإن وجب فى الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لايجب بمجرد التسليم والتخلية ، بل لابد فى وجوبه من قطع المسافة المعينة فى ذلك العقد . فإنهم صرّحوا بأنه إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه ، وإن ساقها معه إلى الكوفة فلم يركبها وجبت الأجرة انتهى . فنى مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين . بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به) يعنى ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية والتسليم ، بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الأجرين اللذين سميا فى العقد للتيقن به . أقول : القائل أن يقول : لو جاز الأخذ بالأقل فى دفع الجهالة الواقعة فى باب الإجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الإجارة فيما إذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال : خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم ، أو قال : اسكن فى هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الأجرين اللذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل فى الدفع ، والله الموفق .

(باب إجارة العبد)

قال صاحب النهاية : لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرّ شرع فى بيان أحكام تتعلق بالعبد ، إذ العبد منحط الدرجة عن الحرّ فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى . واقتفى أثره كثير من الشراح فى ذكر هذا الوجه . وقال صاحب غاية البيان : لما كان إجارة الرقيق نوعا من أنواع الإجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها فى باب على حدة ، وأخر ذكرها لأن الجنس مقدم على النوع ، وقال : هذا ما لاح لى من وجه المناسبة ، وما قيل فى بعض الشروح إن العبد منحط الدرجة عن الحرّ فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر ، لأن صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب ، وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة فى هذا الباب ، وترجم الباب بباب إجارة العبد كما ترجم فى الأصل بباب إجارة الرقيق للخدمة وغيرها ، وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه أن العبد منحط الدرجة عن الحر لأنه لاولاية له أصلا فلا يصح تصرفه فى شىء إلا بإذن المولى وهذا مسلم ، ولكن لوكان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لأنه لم يوجد منه تصرف أصلا فى عقد الإجارة لا أصالة ولا نيابة ، بل هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة كالدابة ونحو ذلك ، فعلم بهذا أن غرض المصنف لم يكن إلا تنويع المسائل ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الوجه الذى لاح له نظر ، لأن مجرد كون

فى أخواتها (قوله والإجارة) جواب عن قوله يجب الأجر بالتخلية الخ ، وتقريره أن الإجارة (تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لامعتبر به (ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الأجرين للتيقن به) .

(باب إجارة العبد)

تأخير ذكر إجارة العبد عن إجارة الحرّ لايحتاج إلى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته

(باب إجارة العبد)

(قوله تأخير ذكر إجارة العبد) أقول : أى نفسه ، وإجارة الغير إياه ذكرت استطرادا ، وقد يقدم فى الذكر ما يذكر استطرادا

قال (ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ،

الجنس مقدما على النوع لايقتضى تأخير مسائل هذا الباب إلى هنا ، فإن مسائل كثيرة من الأبواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لاعامة للجنس ، ألا يرى أن مسائل باب الإجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الإجارة ، وكذا مسائل باب الإجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذى ذكر فيه الشرطان إلى غير ذلك من المسائل الأخرى المتقدمة ، وإنما يقتضى هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر فى أوائل كتاب الإجارة من الأحكام العامة لجنس الإجارة دون غيرها من الأحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة فى البين فلا يتم التقريب . وأما ما أورده على الوجه الذى ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال فى تفسير إجارة العبد : أى نفسه وقال وإجارة الغير إياه ذكرت استطرادا ، وقد يقدم فى الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق فى باب العشر والخراج ، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأن الإجارة فى اللغة اسم للأجرة وهى كراء الأجير ، صرح به فى المغرب وعامة كتب اللغة ، ولم يسمع مجىء هذه الكلمة مصدرا قط ، وإنما المصدر من الثلاثى الأجر ، ومن المزيد عليه الإيجار والمؤاجرة ، فلم يتصور أن يكون للإجارة فاعل ومفعول ، فلم يصح القول بأن الإجارة هاهنا مضاف إلى الفاعل وأن المعنى إجارة العبد نفسه . وأما ثانيا فلأن المذكور فى هذا الباب خمس مسائل : ثنتان منها متعلقتان بإيجار العبد نفسه ، وثلاث منها متعلقات بإيجار الغير إياه ، فحمل عنوان الباب على أقل ما ذكر فى الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله وإجارة الغير إياه ذكرت استطرادا مما لاتقبله فطرة سليمة . ثم أقول : فى دفع ما أورده صاحب العناية من النظر أن انحطاط درجة العبد عن الحرّ كما يظهر له أثر فيما إذا وجد من العبد تصرف فى عقد الإجارة ، كذلك يظهر له أثر فيما إذا لم يوجد منه تصرف فى ذلك ، ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الإجارة ، إذ لاشك أن فى كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله فى الوجه الذى اختاره ، وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها فى باب على حدة . ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحرّ بل إنما هو لانحطاط درجته عن الحرّ ، فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه : أخر الأحكام التى تتعلق بالعبد عن أحكام الحرّ لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا فى الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة فى هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ، ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أوّل الباب باستئجار العبد الخ ، إذ مداره على أن لايجرى الوجه المزبور فى الصورة الثانية كما ينادى عليه تعليله . ثم إن إضافة الإجارة إلى العبد فى عنوان الباب ليس من قبيل الإضافة إلى الفاعل ولا من قبيل الإضافة إلى المفعول لما عرفت ، بل من قبيل الإضافة لأدنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا فى نفس عقد الإجارة كما فى بعض مسائل هذا الباب ، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة كما فى البعض الآخر من مسائل هذا الباب ، ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد فى شىء تأمل ترشد (قوله ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك ، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق) فإن قيل : إن المستأجر فى ملك منافعه ينزل منزلة المولى فى منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لايكون

(ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك ، لأن خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة) لامحالة (فلا ينتظمها الإطلاق) واعترض بأن المستأجر فى ملكه منافعه كالمولى ، وللمولى أن يسافر بعبده فكذا للمستأجر . وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك . ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مؤنة الردّ فى باب الإجارة على الآجر بعد انتهاء

كما سبق فى باب العشر والخراج ، فعلى هذا الإجارة مضاف إلى الفاعل (قوله واعترض بأن المستأجر) أقول : معارضته (قوله وأجيب بأن مؤنة الرد فى باب الإجارة على الآجر الخ) أقول : فى الفصل الحادى عشر من المحيط البرهانى : وإذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه

وله‍ذا جعل السفر عذرا

للمستأجر أن يسافر بأجيره ؟ قلنا : إنما يسافر المولى بعبده لأنه يملك رقبته ، والمستأجر لايملك رقبة أجيره . كذا فى الكافى وعامة الشروح . ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مؤنة الرد فى باب الإجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لأن المنفعة فى النقل كانت له من حيث أنه يقرّر حقه فى الأجر . فالمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الأجرة . وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه ، فالمدعى بالإخراج إلى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك . كذا فى العناية أخذا من النهاية . أقول : لقائل أن يقول : يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد إذا التزم مؤنة الرد وإن لم يرض به المؤجر . لأن حاصل هذا الجواب أنه إن سافر المستأجر بالعبد فى باب الإجارة يترتب الضرر على المؤجر بإلزامه إياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد . ولا يخفى أن ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم شترط ذلك فتأمل . وطعن صاحب العناية فى الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال : وهذا كما ترى انقطاع ، لأن المعلل احتاج إلى أن يضم إلى علته وهى قوله والمستأجر لايملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد . ثم قال : ولعل الصواب أن يقال : لانسلم أن المستأجر فى منافع العبد كالمولى . فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا ، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بمكان وزمان . فيجوز أن يتقيد بما لايتقيد به المولى والعرف يوجبه ، أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجبه . انتهى كلامه . أقول : فيما استصوبه نظر . لأنه ينتقض بمسئلة الصلح ، إذ لاشك أن المصالح أيضا لايملك منافع العبد على الإطلاق كالمولى ، بل هو أيضا إنما يملكها بعقد ضرورى هو عقد

العقد، لأن المنفعة فى النقل كانت له من حيث أنه تقرر حقه فى الأجر . فالمستأجر إذا سافر بعبده يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد، وربما يربو على الأجرة . وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه . فالمدعى بالإخراج إلى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك، وهذا كما ترى انقطاع لأن المعلل احتاج إلى أن يضم إلى علته وهو قوله والمستأجر لايملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ، ولعل الصواب أن يقال : لانسلم أن المستأجر فى منافع العبد كالمولى، فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا، وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورى يتقيد بزمان ومكان. فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى. والعرف يوجبه . أو دفع ضرر مؤنة الرد على ماذكرنا يوجبه (وله‍ذا جعل السفر عذرا) يعنى إذا استأجر غلاما ليخدمه فى المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر فى فسخ الإجارة لأنه لايتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ، ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا تفسخ به الإجارة

ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة، فإن سافر به ضمن . هكذا ذكر محمد المسئلة فى إجارات الأصل . وذكر فى صلح الأصل أن من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله . قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى فى شرح كتاب الصلح : لم يرد بقوله يخرج بالعبد إلى أهله أن يسافر به ، وإنما أراد به أن يخرج إلى أهله فى القرى وأفنية البلد . قال : وهذا كما قلنا فى باب الإجارة : من استأجر عبدا ليخدمه ليس له أن يسافر به ، وله أن يخرج إلى أهله وأفنية البلد . وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى يفرق بين مسئلة الإجارة ومسئلة الصلح . وكان يقول فى مسئلة الصلح : لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة . وحكى عن الفقيه أبى إسحاق الحافظ أنه كان يقول : لارواية عن محمد فى فصل الإجارة ، فلقائل أن يقول : المستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما فى الصلح . ولقائل أن يفرق بينهما ، وقد عثرنا على الرواية فى الإجارة فى إجارات الأصل على نحو ما كتبنا انتهى . فعلم من ذلك إمكان المنع فى مسئلة الصلح فتأمل (قوله لأن المنفعة فى النقل كانت له) أقول : يعنى كانت للأجير (قوله وأما فى الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه) أقول : الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها لما أنه ليس عقدا برأسه فهذا الصلح محمول على الإجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه ، وإلا فما الفرق ؟ والجواب أن الفرق واضح فإن المدعى عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شىء ، والتفصيل فى النهاية (قوله ويلزمه) أقول : أى يلزم الآجر (قوله وليس المستأجر كذلك)

فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار فى الدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعين الخدمة فى الحضر لايبقى غيره داخلا كما فى الركوب (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل . والقياس أن لايجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد . وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضارّ على اعتبار هلاك العبد ، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة ، وقالا : هو ضامن) لأنه أكل مال المالك بغير إذنه ، إذ الإجارة قد صحت على مامر . وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوّم به ، وهذا غير محرز فى حق الغاصب لأن العبد لايحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما فى يده ، .

الصلح مع أن له أن يسافر بالعبد ، بخلاف المستأجر فيحتاج إلى الفرق (قوله ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعين الخدمة فى الحضر لايبقى غيره داخلا كما فى الركوب) قال بعض الفضلاء : الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى . أقول : الفرق بينهما أن مدار الأول على أن خدمة السفر مما لايدخل فى إطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر ، ومدار الثانى على أن كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة فى الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد ، فبعد تعينها لايبقى المحال للأخرى كما فى الركوب ، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب فكذا هاهنا ، ويرشد إلى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين فى الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة فى تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ، ولأن الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام فى مكان العقد حتى لاتلزمه موّنة الرد ، وربما يربو ذلك على الآجر فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال ، كذا فى المبسوط والذخيرة انتهى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر) قال صاحب الكافى فى تقريره هذه المسئلة : ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فأعطاه

(قوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فإذا تعينت الخدمة فى الحضر عرفا لايبقى غيرها داخلا كما فى الركوب) فإنه إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك هاهنا (ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يستردّ منه الأجر استحسانا . وفى القياس له ذلك لأنه يقتضى أن لاتصح الإجارة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب ، والأجر والضمان لايجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضارّ على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترده منه) قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله لم يضمن عند أبى حنيفة ، وقالا : هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه ، إذ الإجارة قد صحت على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع ، والمحجور مأذون فى المنافع . ولأبى حنيفة أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم بالإحراز وهذا المال غير محرز فى حق الغاصب ، إذ العبد لايحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما فى يده ، وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه ، ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لأنه فى يد الغاصب . فإن قيل : الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا

أقول : والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول : الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا .

(وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه) لأنه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الأجر فى قولهم جميعا) لأنه مأذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز ، والأول منهما بأربعة) لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلى العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثانى إلى ما يلى الأول ضرورة .

الأجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : فيه شيء . وهو أن وضع هذه المسئلة فيم إذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهى الشهر ، وقد تقرر عندهم ، وعرفت فيما مر غير مرة أن الأجير يصير بذكر الوقت أجيرا خاصا ، وقد مر فى باب ضمان الأجير أن الأجير الخاص هو الذى يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم فما معنى اعتبار العمل فى هذه المسئلة بعد ذكر المدة . نعم لابد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الأجر ، فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه إياه من الأجر . إلا أنه لم يذكر هذا القيد صراحة فى وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا . فإن قلت : من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس . قلت : لايرى له وجه صحيح ، إذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام ، فإن العمل يوجد بدون تسليم النفس فى الأجير المشترك مطلقا ، وتسليم النفس يوجد بدون العمل فى الأجير الخاص الذى سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل ؟ وإرادة تسليم النفس والإنصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى مايلى العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة : فإن قلت : هذا التعليل إنما يستقيم إذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين . قلت : رأيت فى المبسوط والجامع

إحراز فيه . أجيب بأنه تابع للأم لكونه جزءا منها وهى محرزة ، بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهى غير محرزة (وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ، ويجوز قبض العبد الأجر فى قولهم جميعا لأنه مأذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا كان مأذونا له وهو العاقد رجع الحقوق إليه فكان له القبض . وفائدته تظهر فى حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه ووضع المسئلة فيما إذا آجر العبد المغصوب نفسه ، فإن آجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق ، وإن آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى لأنه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز ، والشهر الأول منهما بأربعة لأنه المذكور أولا ، والمذكور أولا ينصرف إلى ما يلى العقد تحرّيا للجواز) وذلك لأنه لما قال شهرا بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولا ، والإجارة تفسد بالجهالة فصرفناه إلى ما يلى العقد تحريا للجواز ، كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فإنه ينصرف إلى مايلى العقد (أو نظرا إلى تنجز الحاجة) فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك ، والظاهر وقوعها عند العقد ، وإذا انصرف الأول إلى ما يلى العقد والثانى معطوف عليه ينصرف إلى مايلى الأول ضرورة . قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا ، والمذكور فى الكتاب ليس كذلك . وأجيب بأن المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر ، فكأن المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة

(قوله أجيب بأنه تابع للأم بكونه جزءا منها وهى محرزة) أقول : لايقال هذا مخالف لما قاله الآن من أن العبد لايحرز نفسه لأن عدم إحرازه لنفسه لاينافى كونه محرزا فى حق المالك (قوله قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المصنف إنما يستدل بتنكير شهرا لابتنكير شهرين ، فلا مساس لهذا السؤال ظاهرا ، ويجوز أن يقال قوله شهرا وشهرا تفصيل الشهرين بلفظ التنكير فاتحدا بهذا الاعتبار ، لكن لايخفى عليك أنه لو ذكر المستأجر لفظ معرفا كما فى الكتاب فجواب الكتاب أيضا ما ذكر (قوله وأجيب بأن المذكور) أقول : المجيب هو الإمام حميد الدين الضرير فى حواشيه على الهداية ، ثم قال مولانا ظهير الدين : وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير العتابى والإسبيجابى والمعينة فى الفقه أنه لم يتعرض لقوله لهذين ، بل فيه إذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال مولانا : تأملت فلم أجد له مخلصا سوى هذا انتهى . ويقول الضعيف مستعينا بالله : يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين

(ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أوّل الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتينى بساعة فالقول قول المستأجر ؛

الصغير للعتابى وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين ، بل فى كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما إذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينفى التنكير فصلح التعليل بتنجز الحاجة لإثبات التعيين ، إلى هنا كلامه . واقتفى أثره صاحب الكفاية فى نسج هذا المقام على هذا المنوال ، ولكن بنوع تغيير تحرير فى أوائل المقال . وقال صاحب العناية : قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرا مجهولا والمذكور فى الكتاب ليس كذلك . وأجيب بأن المذكور فى الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان فى كلام المؤجر من المنكر . فكأنّ المؤجر قال : آجرت عبدى هذا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ، فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة .انتهى كلامه . أقول : لا الشبهة شىء ولا الجواب . أما الشبهة فلأن التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر فى شهرا بأربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين ، إذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع ، وهذا لا يقتضى أن يتعين الأول منهما بأربعة والثانى بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وإبهامه ، فاحتيج إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة والثانى بخمسة دون العكس بالتعليل الذى ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا . وأما الجواب فلأنه لو كان المذكور فى الكتاب قول المستأجر لما صح تنكير عبدا فى قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين ، بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذى استأجره هو العبد الذى آجره المؤجر منه . على أن كون اللام فى قول المستأجر للعهد إنما يتصوّر فيما إذا كان كلام المؤجر مقدما على كلام المستأجر فى العقد ، وليس ذلك بلازم فإن أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه إيجابا ، فإذا قبل الآخر ألزم العقد ، فحمل المذكور فى الكتاب على قول المستأجر لا يقتضى تعريف الشهرين فى هذه المسئلة على الإطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه . ثم أقول : لعل المصنف إنما عرف الشهرين فى تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع فى عامة الكتب من تنكير ذلك إشعارا بأن جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين ، بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا فى شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بيناه فى رد الشبهة آنفا . وقال بعض الفضلاء : يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير ، وإنما ذكر المصنف معرفا نظرا إلى تعينه المآلى حيث يتصرف إلى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى . أقول : ليس هذا بشىء أيضا ، إذ لا يذهب عليك أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر ، وأنه تفصيل للشهرين ، فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل . ثم أقول : بقى هاهنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الأجير عبدا بل هو متمش فى صورة إن كان حرّا أيضا لعين الدليل المذكور فى الكتاب ، فوجه ذكر هذه المسئلة فى باب إجارة العبد غير واضح ، فإن المناسب أن يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الأحكام وإلا فكثير من الأحكام المذكورة فى الأبواب السابقة مشترك بين الحرّ والعبد . ولا يقال :

فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهر خلا قوله فيترجح بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ، ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الأجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة فى نفسه .

بالتنكير ، وإنما ذكر المصنف معرفا نظرا إلى تعينه المآلى حيث ينصرف إلى ما يلى العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل .

وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لأنهما اختلفا فى أمر محتمل فيترجح بحكم الحال . إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا إن لم يصلح حجة فى نفسه أصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه .

(باب الاختلاف فى الإجارة)

قال (وإذا اختلف الخياط وربّ الثوب فقال ربّ الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط بل قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتنى أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الإذن يستفاد من جهته . ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته ، لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقر به لزمه . قال (وإذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله . وكذا يخير فى مسئلة الصبغ إذا حلف إن شاء

إن كون الأجير عبدا أكثر من كونه حرًا ، فبنى الأمر على الأكثر ، إذ لا نسلم أن ذلك أكثر . بل الظاهر أن كون الأجير حرًا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه إلى الأجرة لإنفاق نفسه وعياله ، وأيضا لو كان بناء الأمر على ذلك لذكر سائر مسائل الأجير أيضا فى هذا الباب ، والله الموفق للصواب .

(باب لاختلاف فى الإجارة)

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر فى هذا الباب أحكام اختلافها وهو الفرع . إذ الاختلاف إنما يكون بعارض (قوله وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه مامر من قبل أنه بالخيار) يعنى به مامر قبل باب الإجارة الفاسدة فى مسئلة : ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قبله ، كذا فى الشروح . واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والأجير خالف فخاط قباء ، وهاهنا قد اختلفا فى أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب ؟ وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء : هذا خلاصة ما فى النهاية

وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد إليه فى المدة ، ولكن تعارض كلامهما فى اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام المؤجر لا موجبا للاستحقاق فهى فى الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة ، والله أعلم .

(باب الاختلاف فى الإجارة)

لما فرغ من ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع . لأن الاختلاف إنما يكون لعارض . قال (وإذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) إن اختلف المتعاقدان فى الإجارة فى نوع المعقود عليه كالقباء والقميص فى الخياطة أو الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الإذن ، وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله ، لأنه لو أنكر أصل الإذن كان القول له ، فكذا إذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لأنه أنكر ما لو أقرّ به لزمه . فإن حلف فهو

(باب الاختلاف فى الإجارة)

(قال المصنف : لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله) أقول : فى الشرح الشاهانى : أى لو أنكر عقد الإجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى ، وفيه بحث .

ضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لايجاوز به المسمى . وذكر فى بعض النسخ : يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب (وإن قال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبى حنيفة لأنه ينكر تقوّم عمله إذ هو يتقوّم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا له) أى خليطا له (فله الأجر وإلا فلا) لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله) لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر . والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

والعناية ، وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال : ولك أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى . أقول : ليس ذاك بسديد . أما أولا فلأنهما إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدّى مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا . وأما إذا اختلفا فى المخالفة فلا تعدّى على زعم الأجير ففى وجوب الضمان عليه نوع خفاء ، فكيف يصح أن يقال : إذا كان الحكم ذلك : أى الضمان إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا . وأما ثانيا فلأن مورد الاعتراض هو قول المصنف ، ومعناه ما مر من قبل . والمفهوم منه هو الاتحاد فى الحكم لا التشبيه ، فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا (قوله والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق) يعنى أن الحاجة هاهنا إلى الاستحقاق لا إلى الدفع ، والظاهر إنما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق . قال بعض

بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لايجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الإجارة الفاسدة فى قوله ومن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء . واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف وهاهنا قد اختلفا فى ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك ؟ وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء ، لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا فى الحكم فى الانتهاء سواء . وذكر فى بعض نسخ القدورى يضمنه : أى يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ ، فالأولى أعنى قوله لايجاوز به المسمى ظاهر الرواية ، والثانية أعنى قوله يضمنه مازاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد . وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون فى عمل الغسال ، فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب . ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم فى الغصب كذلك ، وإن اختلفا فى وجود الأجرة فقال صاحب الثوب عملته لى بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول لصاحب الثوب عند أبى حنيفة لأنه ينكر تقوّم عمله ، لأن تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا له : أى خليطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الأجر وإلا فلا ، لأن سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما . وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجرة فالقول قوله ، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة رضى الله عنه لأنه منكر ، وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع .

(قوله واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان الخ) أقول : ولك أن تقول : إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ، ودليل المسألتين ماسيجىء فى الغصب من رعاية حق الجانبين (قال المصنف : وقال محمد : إن كان الصانع معروفا الخ) أقول : قال الزيلعى : والفتوى على قول محمد انتهى . وما فى النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الإسلام وعليه الفتوى ، وما فى شرح الشاهانى : والفتوى على قول محمد انتهى . ذكره جدى الشيخ الإمام المحبوبى سقى الله ثراه فى شرح الجامع الصغير (قوله وماذكراه من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول : فرق بين الظاهر والاستصحاب ، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد .

(باب فسخ الإجارة)

قال (ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضرّ بالسكنى فله الفسخ) لأن المعقود عليه المنافع وإنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع ، وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه . قال (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة) لأن المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر . ومن أصحابنا من قال : إن العقد لاينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصوّر عودها فأشبه الإباق فى البيع قبل القبض . وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر ، وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به .

الفضلاء : فرّق بين الظاهر والاستصحاب ، فالأول يصلح للاستحقاق كأخبار الآحاد انتهى . أقول : المراد بالظاهر هاهنا ظاهر الحال ، وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع . وأما أخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فإنها من الأدلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ماعرف فى الأصول . والله الموفق للصواب . وإليه المرجع والمآب .

(باب فسخ الإجارة)

(باب فسخ الإجارة)

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة ، إذ الفسخ يعقب العقد لا محالة . قال (ومن استأجر دارا) تفسخ الإجارة لعيوب تضر بالمنافع التى وقعت الإجارة لأجلها ، وكذا بالأعذار عندنا خلافا للشافعى ، فإذا استأجر دارا (فوجد بها عيبا يضرّ بالسكنى فله الفسخ) وكذا إذا استأجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه ، وأما إذا كان عيبا لايضرّ كحائط سقط لم يكن محتاجا إليه فى السكنى أو ذهبت إحدى عينى العبد فلا فسخ له (قوله لأن المعقود عليه) دليل على ذلك . ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وأنها توجد شيئا فشيئا ، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما فى البيع ، وعلى هذا لافرق بين أن يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر أو قبله ، لأن الذى حدث بعد قبض المستأجر كان قبل المعقود عليه وهو المنافع ، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع فإن المشترى إذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك ، وكذا إذا أزال المؤجر ما به من العيب لاخيار للمستأجر لزوال سببه (وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة) وهذا قول بعض أصحابنا . وصحح النقل هذا القائل بما ذكر فى كتاب البيوع ، ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فيه إشارة إلى أن عقد الإجارة ينفسخ بانهدام الدار ، لأنه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لأنه رد بعيب وهو لايصح إلابحضرة المالك بالإجماع ، واستدل المصنف على ذلك بقوله (لأن المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ، ومن أصحابنا من قال : إن العقد لاينفسخ ، و) صحح النقل بما روى هشام (عن محمد فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه المؤجر ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للمؤجر ، وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ) واستدل على ذلك بأن المنافع فاتت على وجه يتصوّر عودها فأشبه إباق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به

١٠

لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته) لأنه جزء من المعقود عليه . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت) لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لايجوز (وإن عقدها لغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصى والمتولى فى الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى .

ذكر باب الفسخ آخرا لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لامحالة فناسب ذكره آخرا (قوله وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت ،لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لايجوز) قال فى العناية : لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لايتصوّر فى المنفعة والأجرة المملوكة لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع ، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث . انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأنه قد مرّ فى أول باب الأجر متى يستحق أن الأجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ، أو باستيفاء المعقود عليه . فلو قلنا بالانتقال فى الصورتين الأوليين فيما إذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث ، لأن المورث قد كان ملك الأجرة فى حال حياته بتعجيل الأجرة أو بشرط تعجيلها ، فالتعليل الذى ذكره صاحب العناية وإن تم فى حق المنفعة لم يتم فى حق الأجرة . والأظهر فى تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الإجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع فى الكافى وكثير من الشروح سيما فى النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها : ولنا طريقان : أحدهما فى موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التى تحدث على ملك المؤجر

لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه) أورده استشهادا به على أنه لاينفسخ بانقطاع الماء . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت ، لأنه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لايجوز)لأن الانتقال من المورّث إلى الوارث لايتصور فى المنفعة والأجرة المملوكة ، لأن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع ، فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث . وأما إذا عقدها لغيره كالوكيل والوصىّ والمتولى فى الوقف (لم تنفسخ لانعدام ما أشرنا إليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لايجوز ، لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لايتصوّر فى المنفعة والأجرة المملوكة ، فإنه فى الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقى بعد الموت كذلك . ونوقض بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة فى وسط الطريق فإن للمستأجر أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد . وأجيب بأن ذلك للضرورة ، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لايجد دابة أخرى فى وسط المفازة ، ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه فيستأجر الدابة منه ، حتى قال بعض مشايخنا : إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الإجارة ، وكذا لو مات فى موضع فيه قاض تنتقض الإجارة لأنه لاضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ماينافى البقاء وهو موت المؤجر ، وإذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضرورى ، والمستحسن لايورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والأوانى ، ونوقض بما إذا مات الموكل فإنه تنفسخ الإجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم ، فإنا قد قلنا إن كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لأن العكس غير لازم فى مثله . ووجه نقضه هو أن المعنى الذى انفسخ العقد لأجله إذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير من عقد

(قوله لأنه لو بقى العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول : قوله به زائد لاطائل تحته بل مخل ، فإن المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ، ولعله زيادة من الناسخ ، ويجوز أن يقال اللام متعلق بمستحقة لابالمملوكة ، وقوله لأنه ينتقل مبنى على الفرض والتقدير ، والمعنى لو بقى العقد يلزم أن تصير المنفعة التى ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقائه مستحقة لغير العاقد بالعقد . ثم قوله : المراد من غير العاقد فى قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد وارث المستأجر .

قال (ويصح شرط الخيار فى الإجارة) وقال الشافعى رحمه الله : لايصح لأن المستأجر لايمكنه ردّ المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ، ولوكان للموجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال. وكل ذلك يمنع الخيار . ولنا أنه عقد معاملة لايستحق القبض فيه فى المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة . وفوات بعض المعقود عليه فى الإجارة لايمنع الردّ بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط . بخلاف البيع ، وهذا لأن ردّ الكل ممكن فى البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضى بعض المدة .

وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه ، لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الإجارة تتحدد فى حق المعقود عليه بحسب مايحدث من المنفعة. وليس له ولاية إلزام العقد فى ملك الغير . والطريق الآخر فى موت المستأجر أنه لو بقى العقد بعد موته إنما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لاتورث ، ألا ترى أن المستعير إذا مات لايخلفه وارثه فى المنفعة ، وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة ، وهذا لأن الوراثة خلافة ولا يتصوّر ذلك إلا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث فى الوقت الأول ويخلفه الوارث فيه فى الوقت الثانى ، والمنفعة الموجودة فى حياة المستأجر لاتبقى لتورث ، والتى تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لايسبق الوجود ، وإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لأن وارثه لايخلفه فيه ، كذا فى المبسوط ، إلى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعى لايصح لأن المستأجر لايمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه. ولوكان للموجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول : فى هذا الدليل للشافعى شىء ، وهو أنه قد تقرر عندهم أن الإجارة على نوعين : نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ، ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة ، والدليل المزبور لايتمشى فى النوع الأول أصلا لأن عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله وعدم إمكان تسليمه أيضا على الكمال إنما ينشأ من أن يتلف شىء من المعقود عليه بمضى مدة الخيار كما نبه عليه فى الكافى والشروح ، وفى العقد على العمل لايتلف شىء من المعقود عليه قبل العمل قطعا ، وكذا لايتمشى فى بعض من النوع الثانى ، وهو مالا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية ، كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها ، وإنما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثانى كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن إفادة ماادعاه الشافعى من عدم صحة شرط

له مستحقة بالعقد موجودة فيه فالفسخ لأجله . قال (ويصح شرط الخيار فى الإجارة) إذا استأجر دارا سنة على أنه أو المؤجر فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفى أحد قولى الشافعى : لايجوز لأن الخيار إن كان للمستأجر لايمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه ، وإن كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك ، وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت فى الإجارة كالأعيان القائمة ، وفوات بعض العين فى البيع يمنع الفسخ فكذا هاهنا (ولنا أنه عقد معاملة لايستحق القبض فيه فى المجلس ، وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه ، والجامع دفع الحاجة) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروّى لئلا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لايمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح. وقوله لايستحق القبض فيه فى المجلس احتراز عن الصرف فإن الخيار فيهما لايصح . وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه (وإنما كان فواته فى الإجارة لايمنع الرد وفى البيع يمنع ، لأن ردّ الكل فى البيع ممكن دون الإجارة فيشترط فيه دونها) لأن التكليف إنما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أى ولأن ردّ الكل ممكن فى البيع دون الإجارة (يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضىّ بعض المدة) لأن التسليم بكماله غير ممكن ، وهذا عندنا خلافا للشافعى ، قال فى المبسوط : إذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر أن يمتنع من القبض فى بقية السنة عندنا ، ولا للمؤجر أن يمنعه عن ذلك ، وقال الشافعى رحمه الله : للمستأجر أن يفسخ

قال (وتفسخ الإجارة بالأعذار) عندنا. وقال الشافعى رحمه الله: لاتفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع . ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضىّ فى موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به. وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الإجارة) لأن فى المضىّ عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دكانا فى السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا من أجر دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لايقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضى العقد وباعها فى الديون) لأن فى الجرى على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لأنه قد لايصدق على عدم مال آخر . ثم قوله فسخ القاضى العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى

الخيار فى عقد الإجارة مطلقا فليتأمل (قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها ، فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به الخ) قال ابن العز: القول بفسخ الإجارة بالأعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا إجماع ولا قول صحابى بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فإنه عقد لازم ، ولا زالت الأعذار تحدث فى عقود الإجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ، ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ، ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس إليه ، وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك . وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر ، وإن كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ وانقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه ، إلى هنا كلامه . أقول : نظره ساقط جدا ، إذ لايلزم من أن لايتحقق نص ولا إجماع ولا قول صحابى فى حق فسخ الإجارة بالأعذار أن لايصح القول بذلك ، فإن القياس أحد الأدلة الشرعية الأربعة على ماتقرر فى علم الأصول ، فيكفى تحقق ذلك فى إثبات حكم شرعى ، وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار إليه المصنف بقوله فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به ، وبين الجامع بقوله إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضىّ فى موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وإنما لايجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك ، أو انعقاد إجماع

العقد فيما بقى بناء على الأصل الذى بينا أن المنافع عنده فى حكم الأعيان القائمة ، فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقى لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ . قلنا : الإجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة. وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به . قال (وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا) تفسخ الإجارة بالأعذار عندنا (وعند الشافعى : لاتفسخ إلا بالعيب) بناء على ما مر مرارا (لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لايفسخ بالعذر فكذا الإجارة (ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به) كالبيع (إذ المعنى المجوّز للفسخ يجمع الإجارة والبيع جميعا ، وهو) أى المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضىّ فى موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ، وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعى محجوج بما إذا استأجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع ، أو استأجر إنسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس ، أو استأجر رجلا ليقطع يده لأكلة وقعت بها ثم برأت فإنه لايجبر المستأجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لامحالة ، لأن فى المضىّ عليها إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وكذا الباقى . ثم ذكر اختلاف الروايات فى الاحتياج إلى الحاكم . قال (ثم قوله) أى قول القدورى فى المختصر (فسخ القاضى) إشارة إلى الافتقار إليه

(قوله إن المنافع عنده بمنزلة الأعيان الخ) أقول : نفسها بدون إقامة الدار مقامها مثلا .

فى النقض ، وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين. وقال فى الجامع الصغير : وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لايحتاج فيه إلى قضاء القاضى . ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ . ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلابد من إلزام القاضى . ومنهم من وفق فقال : إذا كان العذر ظاهرا لايحتاج إلى القضاء لظهور العذر . وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر) لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وإن بدا للمكارى فليس ذلك بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدوابّ على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب) على رواية الأصل . وروى الكرخى عن أبى حنيفة أنه عذر لأنه لايعرى عن ضرر فيندفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لأنه لايلزمه الضرر بالمضىّ على موجب عقد ، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد (وإذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك العمل فهو العذر) لأنه يلزمه الضرر بالمضىّ على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله . وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه ، أما الذى يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه (وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل فى الصرف فليس بعذر) لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة فى ناحية وهو يعمل فى الصرف فى ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره فى الأصل ، لأن الواحد لايمكنه الجمع بين العملين ، أما هاهنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر) لأنه لايعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق ،

على خلاف ذلك ، ولم يقع شىء منهما فيما نحن فيه ، وكون عقد الإجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الأعذار فى عقود الإجارات مما لايقدح أصلا فى العمل بالقياس فى حكم فسخ عقد الإجارة بالأعذار ، وكذا مجرد أن لاينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لايقدح فى صحة القياس عند تحقق شرائطه . والحاصل أن جملة ما تشبث به فى ترويج نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ،

فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين. قال فى الجامع الصغير :(وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لايحتاج فيه إلى قضاء القاضى) وذكر وجهه فى الكتاب (وذكر فى وجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلابد من إلزام القاضى) وفيهما مرّ غير مرة ، وصحح شمس الأئمة السرخسى ما ذكر فى الزيادات . وصحح قاضيخان والمحبوبى قول من وقف فقال : إذا كان العذر ظاهرا لايحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أى لكونه ظاهرا (وإن كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج إلى القضاء لظهور العذر) أى لأن يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر) أى ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير . لكن هل له أن يبيع بعد ما آجر اختلفت ألفاظ الروايات . وقال شمس الأئمة : الصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر ، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وإليه مال الصدر الشهيد . وقوله (أما الذى يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الإفلاس) قيل : وقد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث أن الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم (قوله ومن استأجر غلاما يخدمه فى المصر ثم سافر فهو عذر)

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول : من أن خلاف الشافعى متأخر فكيف يبنى أئمتنا ماقالوا من جواب المسئلة على خلافه. وجوابه محل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفائه غير مسلمة :(قال المصنف : ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له الخ) أقول : فاعل بدا مضمر والمعنى بدا له رأى : أى ظهر له رأى يمنعه من السفر .

وفى المنع من السفر ضرر ،وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا إذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر ، بخلاف ما إذا آجر عقارا ثم سافر لأنه لاضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر .

(مسائل منثورة)

قال (ومن استأجر أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد فى هذا التسبيب فأشبه حافر البئر فى دار نفسه . وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت ، أما إذا كانت مضطربة يضمن لأن موقد النار يعلم أنها لاتستقر فى أرضه .قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

ثم إن ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من أن العذر الكامل معتبر ،فإنه لم يرد فى ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه إجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء . فالمدار فى ذلك أيضا هو القياس .

(مسائل منثورة)

أى مسائل نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة : إذا كان للخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد فى دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان ، وهذا فى القياس فاسد،لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لاتصلح رأس مال الشركة ،ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول ، لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت

قيل : فإن قال المؤجر إنه لايريد السفر ولكنه يريد فسخ الإجارة وأصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضى يسأله عمن يسافر معه ، فإن قال فلان وفلان فالقاضى يسألهم أن فلانا هل يخرج معكم أو لا ؟ فإن قالوا نعم ثبت العذر وإلا فلا . وقيل : ينظر القاضى إلى زيه وثيابه ، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا وإلا فلا . وقيل : إذا أنكر المؤجر السفر فالقول قوله . وقيل : يحلف القاضى المستأجر بالله إنك عزمت على السفر ، وإليه مال الكرخى والقدورى رحمهما الله .

(مسائل منثورة)

معنى المسائل المنثورة قد تقدم ، وحصد الزرع : أى جذه ، والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود ؛ والمراد بها هاهنا ما يبقى من أصول القصب المحصود فى الأرض ، ومعناه ظاهر . وقيل هذا إذا كانت الريح هادئة . قال فى النهاية : بالنون من هدن : أى سكن . وفى نسخة هادئة من هدأ بالهمز : أى سكن ، وهذا التفصيل الذى ذكره من الهادئة والمطربة اختيار شمس الأئمة السرخسى (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعنى إذا كان الخياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد فى دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الأجرة بينهما نصفين جاز استحسانا . وفى القياس لايجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهى لاتصلح رأس مال الشركة . ولأن المتقبل للعمل على ماذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول ،

(مسائل منثورة)

(قوله فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول) أقول : وأيضا هو من قبيل قفيز الطحان .

لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل . قال (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد)

مجهولة لامحالة ، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول . والطحاوى أخذ فى هذه المسئلة بالقياس وقال : القياس عندى أولى من الاستحسان . وفى الاستحسان : يجوز هذا لأن هذا شركة التقبل فى العمل بأبدانهما سواء ، فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل ، وكل واحد منهما يجب به الأجر فجاز ، كذا فى النهاية والكفاية . وقال صاحب العناية : وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هى شركة الصنائع وهى شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اهـ كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه : بحث ، فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم فى شركة التقبل . ولعل مراده كونه من متناولاتها فى العبارة مسامحة اهـ. أقول : منشأ توهمه جعل الواو فى قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول فى شركة التقبل ، وليس شىء من ذلك بمراد ، بل الواو فيه للحال . والمعنى أن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الأولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافى لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وإن كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته اهـ . فلا محذور فى عبارة صاحب العناية ولا مسامحة . ثم اعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد فى التعبير بتلك العبارة ، بل سبقه إليه صاحب معراج الدراية حيث قال : لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته انتهى (قوله لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الإمام الزيلعى فى شرح الكنز : قال صاحب الهداية : هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ، فهذا

وإن تقبل العمل العامل كان مستأجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف مايعمل وهو مجهول ، والطحاوى رحمه الله مال إلى وجه القياس وقال : القياس عندى أولى من الاستحسان ووجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة وإنما هى شركة الصنائع وهى شركة التقبل ، لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» فإن قيل : شركة التقبل هى أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهاهنا ليس كذلك بل هما اشتركا فى الحاصل من الأجر . أجيب بأن الشركة فى الخارج تقتضى إثبات الشركة فى التقبل فثبت فيه اقتضاء ، إذ ليس فى كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا ، وتخصيص الشىء بالذكر لايدل على نفى ماعداه فأمكننا إثبات الشركة فى التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا فى التقبل صريحا ، ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا . هذا هو المذكور فى عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال : لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ، ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم . وإذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما فى الشركة . وقوله (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا)

(قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول : فيه بحث ، فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم فى شركة التقبل ، ولعل مراده كونه من متناولاتها فى العبارة مسامحة (قوله أجيب بأن الشركة فى الخارج) أقول : يعنى الخارج من العمل (قال المصنف : لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة الخ) أقول : قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : ففى الهداية حمله على شركة الوجوه ، وفيه نظر لأنه شركة التقبل والصنائع فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى . ولا يخفى عليك أن فى قوله فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا .

وفى القياس لايجوز ؛ وهو قول الشافعى للجهالة وقد يفضى ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع ، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضى ذلك إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر . قال (وإن شاهد الجمال الحمل فهو أجود) لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا . قال (وإن استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه فى الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل) لأنه استحق عليه حملا مسمى فى جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق .

بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل ، فيه نوع إشكال ، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئا بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه ، وإنما هى شركة الصنائع على ما بينا ، إلى هاهنا كلامه . أقول : ليس مراد المصنف بشركة الوجوه فى قوله لأن هذه شركة الوجوه فى الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها هاهنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد إليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الإشكال ، ولا يمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه فى كتاب الشركة . وقال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : فى الهداية حمله على شركة الوجوه . وفيه نظر لأنه شركة الصنائع والتقبل ، فكأن صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لأن أحدهما يقبل العمل بوجاهته ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة : ولا يخفى عليك أن فى قوله فى الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى . أقول : إن قول المصنف فى الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها إجارة . وأن مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز . فالمعنى أن هذه المعاقدة وإن كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه : أى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا فى شىء تأمل تقف .

ظاهر . والوطاء الفراش . والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ، ومن عادة المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه . ووجهه أن العرف مشترك فإنه معتاد عند البعض كرد الماء ، والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالإطلاق ، وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة ، ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المجهول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالإطلاق وهو عدم المانع ، والله أعلم .

(كتاب المكاتب)

قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى

(كتاب المكاتب)

قال صاحب النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة ، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق اهـ أقول: إن قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل . لأنه يرد عليه أن يقال: إن وقع الاحتراز

(كتاب المكاتب)

قال فى النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة . ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق: يعنى أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض . وقوله بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة . وذكر فى بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا ، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض . والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره ، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ، وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم . والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدى معناه من كل وجه ، فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال ، فإن المراد به ما يحتاج إلى إيجاب وقبول ، وذلك غير مشروط فى التعليق ، فإن التعليق يتم بالمولى ، كذا فى النهاية . وأما الإعتاق على مال فإنه وإن كان عقدا لاحتياجه إلى الإيجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو مايؤدى معناه ، والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون العتق على مال . وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور . وشرطها قيام الرق فى المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه . وحكمها من جانب العبد انفكاك الحجر فى الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية إذا أدى بدل الكتابة ، وفى جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل فى الحال إن كانت حالة ، والملك فى البدل إذا قبضه . وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار إذا قال قبلت كان ذلك كتابة ، ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها إلى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا ، فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق كان كتابة . قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه

(كتاب المكاتب)

قال الدميرى فى شرح المنهاج: الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معارضة منجمة ، ولفظها إسلامى لايعرف فى الجاهلية . قيل وأول من كوتب عبد لعمر رضى الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر فى بعض الشروح) أقول: يعنى غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى الخ) أقول: عبارة الإتقانى: ولهذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق ،

- فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا -

بهذا الذى ذكره عن غير تلك الأشياء الثلاثة أيضا ، فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر؟ وإن لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط ، إذ ينتقض حينئذ ما ذكره فى وجه المناسبة بغيرها من الأغيار . وبعبارة أخرى أنه إن وجب الاطراد فى وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شىء من تلك الوجوه فى غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه ، فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الأشياء الثلاثة بالذكر وإن لم يجب الاطراد فيها ، بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك فى غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة فى بيان وقوع الاحتراز بما ذكره وفيما نحن فيه عن تلك الأشياء الثلاثة ، سيما إذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه فى تلك الثلاثة . والتحقيق أن المناسب فى وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد ، وأن الوجه الذى ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق فى غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا ، فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه . ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر فى النهاية وبين المراد منه حيث قال : قال فى النهاية : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المـال بمقابلة ماليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة ، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق : يعنى أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض . وقوله بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : فى كل واحد من نقله وبيانه اختلال . أما فى نقله فلأن الهبة غير مذكورة فى شىء من نسخ النهاية ، وقد ضمها فى النقل إلى البيع والطلاق والعتاق . وأما فى بيانه فلأنه قيد الهبة فى البيان بشرط العوض وأطلقها فى أثناء النقل ، ولا شك أن قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الإطلاق ، إذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد فى البيان . وأيضا لم يكن النكاح مذكورا فى نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها ، وقد تعرض فى البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الأصالة ، ولا يخفى ما فيه . وأيضا كان الطلاق والعتاق مطلقين فى المنقول ، وقد قيد ما فى البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الأصالة ، ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشىء من القيدين مع أنهما يخرجان بقيد المقابلة فى قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا فى الهبة بلا شرط عوض فتأمل . وقال صاحب غاية البيان : إن ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى . ونقله صاحب العناية فزيفه حيث قال : وذكر فى بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا ، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة

بما ذكرنا من الألفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا . أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى - فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا - ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره . ولمـا كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض

ولأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى . وبهذا يظهر لك تصرف الشارح فى عبارته وتغييره إلى ما لا يرضاه صاحبه ، فإن ذكره الولاء لبيان مناسبته للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق . وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة ؛ ألا يرى أنه إخراج اليد حالا والرقبة مآلا ، وإن أراد أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا ، وكيف والعتق على مال باب من أبوابه ، وقوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل .

. . . .

لشخص ومنفعته لغيره ، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : فى نقله خطأ ، لأن المذكور فى كلام صاحب الغاية لأن الكتابة مآلها العتق . وقد قال صاحب العناية فى النقل لأن الكتابة مآلها الولاء . وبينهما بون . ولا يخفى أن مقصود صاحب العناية بقوله لأن الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة . وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا . وكأن صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة فى النقل تدبر . ثم إن بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما فى نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه أيضا فقال : وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد به أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة ؛ ألا يرى أنه إخراج اليد حالا والرقبة مآلا ، وإن أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه . وقوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل ، إلى هنا كلامه . أقول : يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية أن العتق إخراج الرقبة عن الملك حال بلا شرط عوض ، والكتابة ليست كذلك : أى ليس فيها إخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هى بشرط عوض فيسقط ماذكره ذلك القائل فى كل من شقى ترديده. أما سقوط ماذكره فى شقه الأول فلأنه لا شك فى أن ليس فى الكتابة إخراج الرقبة عن الملك حالا وإن وجد فيها مطلق الإخراج . وأما سقوط ماذكره فى شقه الثانى فلأن الكلام فى الأنسبية لا فى مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة إلى المناسبة فى جميع أجزاء مفهومه . ثم إنه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل ، مع أن اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق غير مسلم ، لأن اعتبار انتفاء العوض فى مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد . وإنما يلزم ذلك أن لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض ، وأما إذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض أيضا ، إذ قد تقرر فى موضعه أن بلا شرط شىء أعم من بشرط شىء ، ومن بشرط لاشىء فيصير المعتبر فى مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لأن عدم اعتبار شىء ليس اعتبار عدمه كما عرف . ثم إن مراد صاحب العناية بالذاتيات فى قوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل فى المفهوم، وبالعرضيات ما هو الخارج عنه . إذ قد تقرر فى موضعه أن الذاتيات فى الأمور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها، والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها ، بخلاف حقائق النفس الأمرية ، ففى الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل فى مفهومها المعتبر عند أهل الشرع ، وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها ، وإنما هو مآلها الحاصل عند أداء كل البدل ، وكذا الولاء أمر خارج عنه فإنه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالإجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للإجارة من العتق . ثم إن كثيرا من الشراح قالوا : وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم . ثم أقول : هذا أمر عجيب منهم ، فإن مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذى من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها ، فكيف يجعل هاهنا وجها لتقديمها على الكتابة . وهل تقبله الفطرة السليمة . والحق عندى أن وجه تقديم الإجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة فى صدر كتاب الإجارات فإن تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الإجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الإجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب . ثم إن صاحب العناية قال : الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو مايؤدى معناه من كل وجه اه . أقول : هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشىء بنفسه ، لأن من لا يعلم معنى الكتابة فى الشرع لا يعلم أن العقد الجارى بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه ماذا بل معرفة الثانى تتوقف على معرفة الأول كما لا يخفى . ولعل الباعث

لذلك بقوله : وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع الفقهاء ، وأشار بذلك إلى نفى قول من يقول إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم

وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ،

على وقوع صاحب العناية فى هذا المضيق أن صاحب النهاية لما قال : وأما الكتابة شرعا فإنها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه على مايجىء على أداء العبد مالا معلوما لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اهـ . حسب صاحب العناية أن تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدى معناه من كل وجه فقطع به الكلام فى كتابه . وليس الأمر كما حسبه فإن قول صاحب النهاية على أداء العبد مالا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ، ثم إن الأظهر فى تعريفها الشرعى ماذكر فى الكافى والكفاية بأن يقال : الكتابة التحرير يدا فى الحال ورقبة عند أداء المال ، وما ذكر فى الوقاية وغيرها بأن يقال : الكتابة إعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية : خص الفقهاء ، لأن عند أصحاب الظواهر كداود الأصفهانى ومن تابعه أن هذا أمر إيجاب ، حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكاتبه اهـ . أقول : بقى إشكال ، وهو أن صاحب الكشاف قال فى تفسير هذه الآية : وهذا الأمر للندب عند عامة العلماء . وعن الحسن : ليس ذلك بعزم إن شاء كاتب وإن شاء لم يكاتب . وعن عمر رضى الله عنه : هى عزمة من عزمات الله . وعن ابن سيرين مثله ، وهو مذهب داود اهـ . فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الأمر ليس للإيجاب بإجماع بين الفقهاء وعمر رضى الله عنه من أجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية ، وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين ، وعن هذا قالوا : جالس الحسن أو ابن سيرين ، فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافى ادعاء الإجماع بين الفقهاء فى أن ليس هذا الأمر للإيجاب ، اللهم إلا أن يقال : إن ماذكر فى الكشاف إنما يدل على أن الوجوب فى هذا الأمر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لا أنه مذهبهما المقرر ، وكلام المصنف بناء على ماكان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتأمل . وقال صاحب معراج الدراية : وبقوله بإجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ، ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعى ورواية عن أحمد ، فإنهم قالوا : تجب الكتابة إذا سأل العبد إذا كان ذا أمانة وذا كسب ، إذ الأمر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اهـ كلامه . أقول : فيه نظر ، فإن كثيرا من هؤلاء فقهاء سيما الشافعى وأحمد ، فكيف يتم الاحتراز بقوله بإجماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب فى هذا الأمر ، وقولهم بذلك ينافى ادعاء إجماع الفقهاء على عدم الإيجاب فى هذا الأمر فأنى يصح الاحتراز به عنه ، اللهم إلا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواة القول بذلك فتأمل (قوله وإنما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا : إن الأمر للإباحة لا للندب كما فى قوله تعالى ـ وإذا حللتم فاصطادوا ـ وقوله تعالى ـ إن علمتم فيهم خيرا ـ مذكور على وفاق العادة ، فإنها جرت على أن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرا ، كذا فى الشروح . أقول : بهذا وبما مر آنفا من قول بعض العلماء يكون الأمر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الإمام الزاهدى

المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكاتبه لأن الأمر للوجوب . وقال : إنما هو أمر ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا إن الأمر للإباحة كقوله تعالى ـ وإذا حللتم فاصطادوا ـ وقوله ـ إن علمتم فيهم خيرا ـ مذكور على وفاق العادة ، فإنها جرت على أن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرا . وقال : ففى الحمل على الإباحة إلغاء للشرط بيان لكونه للندب . وتقريره أن فى الحمل على الإباحة إلغاء الشرط لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك ، وفى الحمل على الندب إعمال له لأن الندبية معلقة به وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ماقال بعضهم أن لايضرّ بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لايكاتبه ، وإن فعل صح فيجب حمله على الندب . وأما اشتراط القبول من العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا

(قوله وتقريره أن فى الحمل على الإباحة إلغاء الشرط) أقول : فيه أن مفهوم الشرط لااعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على وفاق العادة (قوله وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه على هذا التقرير لايلزم إلغاء الشرط

وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، وفى الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه . أما الندبية معلقة به ، والمراد بالخير المذكور على ماقيل أن لايضرّ بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضرّ بهم فالأفضل أن لايكاتبه وإن كان يصح لوفعله . وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلابد من التزامه ولايعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنانير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ،

فى شرح مختصر القدورى فى المقام حيث قال : وإنه للندب بإجماع الأمة انتهى . إذ قد علم منهما أن كون الأمر للندب فى ـ فكاتبوهم ـ ليس مما وقع عليه إجماع الأمة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله وفى الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه) تقريره أن فى الحمل على الإباحة إلغاء الشرط وهو قوله ـ إن علمتم فيهم خيرا ـ لأن الإباحة ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله منزه عن ذلك ، كذا فى العناية وغيرها . واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه : إن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اهـ . أقول : هذا ساقط ، لأن معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لايدل على نفى الحكم عما عداه ، لا أن ليس فى ذكره فائدة أصلا ، فإن هذا لايليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر . نعم يرد على ذلك منع أن فى الحمل على الإباحة إلغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهى إخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ماذكر فى عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لايضرّ بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضرّ بهم فالأفضل أن لايكاتبه وإن كان يصح لو فعله) أقول : لقائل أن يقول : فعلى هذا لايكون فى الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، لأن عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لامباحا ، إذ قد تقرر فى علم الأصول أن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه ، وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى ، وإذا كان الأفضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن لايكاتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة إذ ذاك مكروها لامباحا فينافى قوله فيما قبل وفى ا لحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنانير فهو عبد » الخ) قال تاج الشريعة : فإن قلت : اختلاف الصحابة فى المسئلة وتكلمهم فيها بالرأى يدل على زيافة الحديث كما عرف ، ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال « ابتغوا فى أموال اليتامى خيرا كى لايأكلها الزكاة » فى إيجاب الزكاة فى مال الصبىّ بأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى هذه

يعتق إلا بأداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأدّاها إلا عشرة دنانير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد مابقى عليه درهم » وفيه : أى فى وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، فعند على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدّى ، وعند ابن عباس رضى الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه : يعنى بنفس العقد ، لأن الصحيفة عند ذلك تكتب ، وعند ابن مسعود رضى الله عنه يعتق إذا أدّى قيمة نفسه ، وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ، ويعتق إذا أدّى جميع بدل الكتابة ، وإن يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حر. وقال الشافعى رضى الله عنه : لايعتق مالم يقل كاتبتك على كذا على أنك إذا أديته إلىّ فأنت حرّ ، لأن الكتابة ضم نجم إلى نجم ، فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها إلىّ فى كل شهر كذا لم يعتق ، فكذا هذا . ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه هاهنا ضم حرية اليد الحاصل فى الحال إلى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وإن لم يصرح به كما

لو حمل على الإباحة ، فإنه إذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوبا لامباحا كما لايخفى (قوله وعند ابن عباس رضى الله عنهما يعتق ، إلى قوله : تكتب) أقول : فيه تأمل (قوله ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول : قال فى الحواشى الجلالية نقلا من المبسوط :

ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حرّ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع ، ولا يجب حط شىء من البدل اعتبارا بالبيع .

المسئلة ولم يحتجّ أحد منهم بهذا الحديث . قلت : جاز أنه ما بلغ إليهم انتهى كلامه . أقول : فى الجواب بحث ، لأنه مشترك الإلزام ، إذ يجرى فى كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال : جاز أن لم يبلغ إليهم الحديث فيلزم أن لايتم الاستدلال باختلاف الصحابة فى مسئلة وتكلمهم فيها بالرأى على زيافة حديث قط مع أنه خلاف ماعرف . والأظهر فى الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة فى هذه المسئلة بالرأى ، ويقال : يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك ، كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « إذا أصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ماعتق منه » وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال « يؤدى المكاتب بحصة ما أدّى دية حر ، وبما بقى دية عبد » كما ذكر فى بعض الكتب ، والذى يدل على زيافة الحديث إنما هو اختلافهم بالرأى ، لأن استعمال الرأى فى موضع النص لايجوز على ما عرف فى الأصول (قوله ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدّيتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع) وعند الشافعى : لايعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على أنك إن أدّيته إلىّ فأنت حرّ . قال كثير من الشراح : وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع إلى تفسير الكتابة ، فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء ، فكأنه قال : أوجبت حرية اليد فى الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ، ولو نص على هذا عتق عند الأداء ، كذا هذا . وعند الشافعى : تفسيرها ضم نجم إلى نجم ، ولو نص عليه بأن قال : ضربت عليك ألفا على أن تؤديها إلىّ كل شهر كذا لم يعتق ، كذا هذا انتهى كلامهم . وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولا فيها عن المبسوط : لايخفى عليك أن ماذكر من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى . أقول : تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لايخفى على الناظر فى عبارته هاهنا ، بل لايبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال : أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى . ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لاينافى كونه تفسيرا للكتابة ، لأن موجب الشىء من لوازمه وتفسير الشىء بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة . ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع إلى تفسير الكتابة راجع إلى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ، ومنها قوله تعالى ـ وجاء ربك ـ أى أمر ربك ، وقوله تعالى ـ واسئل القرية ـ أى أهل القرية ، إلى غير ذلك فلا معنى لردّ كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حط شىء من البدل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعى : يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر قوله تعالى ـ وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ـ فإن الأمر المطلق للوجوب . والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال ـ من مال الله ـ وهو

فى البيع فإنه يثبت الملك به وإن لم يصرح بكونه موجبه . ولا يجب حط شىء من البدل اعتبارا بالبيع . وقال الشافعى : يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر قوله تعالى ـ وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ـ فإن الأمر المطلق للوجوب . والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا ، لأنه قال ـ من مال الله ـ وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات ، فكأن الله أمرنا أن نعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة ، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء ، والحط لايسمى إعطاء ، والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين ، فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ، ولو سلم فالمراد به الندب كالذى فى قوله فكاتبوهم . لايقال : القرآن فى النظم لايوجب القرآن فى الحكم ، لأنا لم نجعل

فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا إلى تفسير الكتابة. فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء فكأنه قال : أوجبت حرية اليد فى الحال وحرية الرقبة عند الأداء ، ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الأداء كذا هنا . وعند الشافعى تفسيرها شرعا ضم نجم إلى نجم لاضم حرية إلى حرية انتهى . لايخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف (قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول : الأنسب لسياق كلامه أن يقول : لادلالة فى الآية

قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعى رحمه الله : لايجوز حالا ولا بد من نجمين ، لأنه عاجز عن التسليم فى زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق . بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت . ولنا ظاهر ماتلونا من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا . بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفى الحال كما امتنع من الأداء يردّ إلى الرق .

يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات . فكأنّ الله تعالى أمرنا أن نعطى المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة . والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء ، والحط لايسمى إعطاء . والمال الذى آتانا الله هو ما فى أيدينا لا الوصف الثابت فى ذمة المكاتبين . فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل . ولو سلم فالمراد به الندب كالذى فى قوله فكاتبوهم . لايقال : القرآن فى النظم لايوجب القرآن فى الحكم ، لأنا لم نجعل القران موجبا نقول : الأمر المطلق على قرينة غير الوجوب للوجوب ، وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك . كذا فى العناية . أقول : فيه نظر . لأن قوله تعالى - فكاتبوهم - لايصلح أن يكون قرينة لكون الأمر فى قوله - وآتوهم - لغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن فى نظم القرآن فى الحكم . إذ لادلالة فى مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الأمر فى قوله بعد - فكاتبوهم - للندب قرينة لكون الأمر فى - وآتوهم - أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : احتمال القدرة فى حق المكاتب أثبت . لأن المسلمين مأمورين بإعانته . والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات . وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت انتهى ، واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : هذا السؤال ليس بوارد . لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت فى حق المكاتب فليس بذاك قطعا . إذ لاأهلية فيه للملك قبل العقد قط . فأنى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله . فإن

القران موجبا بل نقول : الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب . وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك . قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعى : لابد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم فى قليل من الزمان) لخروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا لملك المال . والعاجز عن التسليم لابد له من أجل يقدر به على تسليم اليد . فإن قيل : المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخس البدلين فلا بد له من أجل . أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا . وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) ولقائل أن يقول : احتمال القدرة فى حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأمورون بإعانته ، والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت . ولنا قوله تعالى - فكاتبوهم - من غير شرط التنجيم ، ولأنه عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لابد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لايملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لامحالة فأشبه الثمن فى البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل ، والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا . وكذا ذكرناه فى التقرير مستوفى ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذ العبد وما يملكه لمولاه ، فالظاهر من مولاه أن يمهله . فإن لم يمهله وطالبه بالأداء وامتنع عنه يردّ رقيقا بالتراضى أو بقضاء القاضى (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإمهال فيه

على ذلك (قوله وقوله - فكاتبوهم - قرينة لذلك) أقول : فيه تأمل ، فإن كونه قرينة مانعة الحمل على الوجوب غير مسلم .

قال (وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه . والشافعى يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة إذن الصبىّ فى التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لايعقل البيع والشراء لأن القبول لايتحقق منه فلا ينعقد العقد ، حتى لو أدّى عنه غيره لايعتق ويستردّ مادفع . قال (ومن قال لعبده : جعلت عليك ألفا تؤديها إلىّ نجوما أوّل النجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيتها فأنت حرّ وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة) لأنه أتى بتفسير الكتابة ، ولو قال : إذا أدّيت إلىّ ألفا كل شهر مائة فأنت حرّ فهذه مكاتبة فى رواية أبى سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة . وفى نسخ أبى حفص لاتكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة . قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت فى حقه فهو مسلم ، ولكن لايجدى نفعا لأن مدار فرق الشافعى بين الكتابة وبين السلم على أصله إنما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد فى السلم لكون العاقد فيه أهلا للملك قبل العقد ، بخلاف الكتابة فإن العاقد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصوّر ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد ، وهذا أمر ضرورى لا مجال لإنكاره ، فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران . والحق فى الجواب عما قاله الشافعى هاهنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال : سلمنا أن العقد قبل عقد الكتابة لايملك شيئا من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ، ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد إنما يشترط فى حق المعقود عليه دون المعقود به ، ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالا عظيمة يصح شراؤه وإن لم يكن هو مالكا لشىء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة ، بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه ، وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال : ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلابد من القدرة

ظاهرا ، ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع فى حقه) ولا عجز بالنسبة إلى المنافع (وخالفنا الشافعى فيه ، وهو) أى هذا الخلاف منه (بناء على مسئلة إذن الصبى فى التجارة) فإنه لايجوّزه لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الإذن له . وعندنا هو من أهل التصرف إذا عقل العقد ، ونقصان رأيه ينجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الإذن (بخلاف ما إذا كان لايعقل العقد ، لأن القبول لايتحقق منه والعقد لاينعقد بدونه . حتى لو أدّى عنه غيره لايعتق ويستردّ ما دفع) (قوله ومن قال لعبده جعلت عليك ألفا تؤديها إلىّ نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيتها فأنت حرّ) لبيان مايفيد فائدة الكتابة بلفظها . فإن المجموع المذكور مفيد لذلك . فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها إلىّ نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة ، فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تتعين جهة الكتابة مالم يقل فإذا أدّيت فأنت حرّ . وأما قوله وإن عجزت فأنت رقيق ليس بلازم ، وإنما ذكره لحثّ العبد على أداء المال عند النجوم ، والكتابة بدونه صحيحة . ولو قال إذا أدّيت إلىّ ألفا كل شهر مائة فأنت حرّ اختلفت الرواية . فى رواية أبى سليمان هو مكاتبة لأن التنجيم يدل على الوجوب لأنه يستعمل فى التيسير وذلك فى المال ، ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لايستوجب على عبده دينا إلا فى الكتابة . وفى نسخة أبى حفص : قيل أى فى روايته لاتكون مكاتبة قال فخر الإسلام : وهو الأصح اعتبارا بما لو قال : إذا أدّيت إلىّ ألفا فى هذا الشهر فأنت حرّ ، فإنه لايكون كتابة ، والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لأنه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ، ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة . قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صحت الكتابة

(قوله وكتابة العبد الصغير الذى يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه) أقول : فيه بحث ، ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه (قوله لبيان مايفيد الخ) أقول : ناظر لقوله قوله ومن قال لعبده الخ (قوله لأنه يستعمل فى التيسير وذلك فى المال) أقول : يعنى فى المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير (قوله والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول : والتنجيم فى العبد يوجد فى الضريبة وفيه تأمل .

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى ، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ، ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة ؛ وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له فى الذمة حق من وجه (فإن أعتقه عتق بعتقه) لأنه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لأنه ما التزمه إلا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه . قال (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وإن أتلف مالا لها غرم) لأن المولى كالأجنبى فى حق أكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد ، والله أعلم بالصواب .

عليه اه تدبر (قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية

بخلوّها عن المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة فى الحال (إلى مالكية نفسه) التى تحصل عند الأداء . فإن قيل : ضم الشىء إلى الشىء يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش ، ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لأن مقصود المولى وهو أدء البدل قد لايتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد مابقى عليه درهم » (ولأنه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أى المساواة باعتبار التساوى (إن تنجز العتق ويتحقق إن تأخر لأنه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت فى ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وإنما كان حقا من وجه لضعفه فإنه ثابت فى الذمة مع المنافى ، إذ المولى لايستوجب على عبده دينا ولهذا لاتصح به الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما قال به ابن عباس رضى الله عنهما على مامرّ فاتت المساواة . لايقال : المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضا لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة ، لأن نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا (فإن نجز المولى عتقه عتق بعتقه) لابالكتابة المتقدمة (لأنه مالك لرقبته) فيجوز له إتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول مايقابله مجانا (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها توسلاإلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أى على الوصول إلى البدل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان) قابلها الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ، ولو كان الوطء لأخذ المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فإنه يلزم بإيلاج واحد(وإن جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها .

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول : فيه بحث ، وما أسرع مانسى قوله التى تحصل عند الأداء . ولا يخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لايحتاج إلى هذا ، بل يجوز أن يقال : الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الأرش ولزوم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أى المساواة الخ) أقول : فإن قيل : إذا أدى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شئ للمكاتب فينتفى التساوى . قلنا : بل يحصل له تأكد المالكية ولهذا لايبقى محلا للتكفير كما سبق فى باب الكفارة (قال المصنف : وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول : قال صاحب التسهيل : ولو شرط وطأها فى العقد لا يضمن العقر انتهى . وفى غاية البيان فى أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه .

(فصل فى الكتابة الفاسدة)

قال (وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال فى حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد . وأما الثانى فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة . قال (فإن أدّى الخمر عتق) وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ،

فى شرح هذا المحل : أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة فى الحال إلى مالكية نفسه التى تحصل عند الأداء . وقال : فإن قيل : ضم الشىء إلى الشىء يقتضى وجودهما ومالكية النفس فى الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم ؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش ، وإن وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم ، انتهى كلامه . أقول : فيه خلل، لأن هذا الجواب ينافى قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التى تحصل عند الأداء ، لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجودين فى الحال ، ومدلول ماقاله أوّلا أن يكون المضموم إليه حاصلا عند الأداء لافى الحال ، وإلا يلزم أن يكون قوله التى تحصل عند الأداء لغوا محضا كما لايخفى . ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولايخفى عليك أيضا أن الجواب عن هذا السؤال لايحتاج إلى هذا ، بل يجوز أن يقال : الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم ، فإن تحقق الضم حين مالكية النفس لايتوقف على الخروج من يده فى الحال ، بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التى تحصل عند الأداء على مامر ، ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلابد من المصير إلى تحقيق معنى الضم فى الحال .

(فصل فى الكتابة الفاسدة)

أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الأول فلأن الخمر والخنزير لايستحقه المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما فى جهة الفساد وهى عدم تحقق المالية فى شىء من الخمر والخنزير فى حق المسلم فكأنما صارا مسئلة واحدة ، وإلا فهما مسئلتان مستقلتان فى الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد . وقد أومأ إلى هذه النكتة فى بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ، ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثانى فقال : وأما الثانى فلأن القيمة مجهولة الخ مع أنه فى الحقيقة

(فصل فى الكتابة الفاسدة)

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لايخفى على أحد . قال (وإذا كاتب المسلم عبده) جمع هاهنا أمورا يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استشهادا . وإذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة ، أما الخمر والخنزير فلأنهما ليسا بمال متقوم فى حقه فهو لايستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد ، وأما قيمة العبد فلأنها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة . وأما الدم والميتة فلما ذكرنا فى الخمر والخنزير بل أولى على مانذكره ، وإذا عرف ذلك (فإن أدّى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أدّيت إلىّ فأنت حر أو لم يقل فى ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ،

(فصل فى الكتابة الفاسدة)

لأن البدل هو القيمة. وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حرّ لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة . وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل فى ظاهر الرواية . ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال فى الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه ، وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط. وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته) لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد

مسئلة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبى يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية : وهذا الحكم الذى ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره فى المبسوط والذخيرة، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن انتهى .وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية : قلت صحيح إن كان الألف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه، وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف انتهى . وقال الشارح العينى بعد نقل ما فى النهاية والعناية جميعا قلت: سواء جعل الألف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم ، والشراح ما جعلوا الألف واللام فى القيمة إلا بدلا عن نفسه كما صرّح به تاج الشريعة وغيره انتهى .أقول : ما قاله الشارح العينى ليس بشىء . أما أوّلا فلأن ظاهر الرواية إنما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه، والمروى عن أبى يوسف هاهنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام فى القيمة بدلا عن الخمر إنما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر ، وهذا غير ظاهر الرواية قطعا ، إذ لا يلزم من اشتراك الروايتين فى أحد الجزءين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه فى ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر فى الرواية الأخرى. فقوله سواء جعل الألف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض. وأما ثانيا فلأن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الألف اللام فى القيمة بدلا عن الخمر حيث قال فى شرح المقام: وأبو يوسف قال: إن كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق إذا أدّى أيهما كان انتهى. وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما إذا كان بدلا

لأن البدل فى الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كما فى البيع الفاسد ووقع فى بعض نسخ الهداية إلا بأداء قيمة الخمر . قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبى يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة ، ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أى بأداء قيمة نفسه (لأنه البدل معنى) قال فى النهاية: وهذا الحكم الذى ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره فى المبسوط والذخيرة ، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن . قلت : صحيح إن كان الألف واللام فى القيمة بدلا عن نفسه ، وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف (وعن أبى حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدّيتها فأنت حرّ لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال إن أديت إلىّ فأنت حرّ. (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (أن الخمر والخنزير مال فى الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه ، وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط ، بخلاف الميتة فإنها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه ، وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى فى قيمته لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد ، وقد تعذر

(قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح) أقول : ونظيره ما سيجىء رواية عن أبى يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز فى رواية عنه، أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما فى النكاح ، ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان . قال فى المجموع : ويحكم به لأدائها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته .

وقدتعذر بالعتق فيجب ردّ قيمته كما فى البيع الفاسدإذا تلف المبيع . قال (ولاينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عندهلاك المبدل بالغة ما بلغت كما فى البيع الفاسد ، وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لايبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت ،

عن الخمر كما ذكر فى بعض الشروح فقول العينى والشراح ماجعلوا الألف واللام فى القيمة إلا بدلا عن نفسه إن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح وإلا فليس بمفيد (قوله وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لايبطل حقه فى العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وهذا أى وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أوفى القيمة لأنه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شىء ، والعبد رضى بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى كى لايبطل حقه فى العتق أصلا ، فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له إدراك شرف الحرية ، انتهى كلامه . أقول : هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تامّ فى نفسه . أما الأول فلأن الظاهر أن كلمة هذا فى قول المصنف ، وهذا إشارة إلى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، والمعنى وهذا : أى ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه ، لأن المولى ما رضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كى لايبطل حقه فى العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا . ويرشد إليه تحرير صاحب الكافى حيث قال : ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لأن المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كى لايبطل حقه فى العتق أصلا ، والمولى ما رضى بالنقصان عنه اه . وأما على ماذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا إشارة إلى وجوب القيمة بالغة مابلغت فيحتمل كلام المصنف ، لأنه إما أن يكون المراد بالنقصان فى قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان

وقد تعذر الردّ بالعتق فيجب رد قيمته كما فى البيع الفاسد إذا تلف المبيع ،و) تجب القيمة بالغة مابلغت (لاينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت ،وهذا) أى وجوب القيمة بالغة مابلغت (لأن المولى مارضى بالنقصان) سواء كان فى المسمى أو فى القيمة لأنه يخرج ملكه فى مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان ، لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ماكان فلا يفوت له شىء (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى (كى لايبطل حقه فى العتق أصلا) فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية ، ولعل التصوّر على هذا الوجه يسقط ماقيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصوّر بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة ، لأن اعتبار

أى قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به : أى ويحكم أبو يوسف به : أى بالعتق (قال المصنف : ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول : قال صدر الشريعة : هذهمسئلة مبتدأة لاتعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير ، ومعناها أن القيمة فى الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى ، فإن كانت ناقصة عن المسمى لاينقص عن المسمى ، وإن كانت زائدة زيدت عليه . ووضع المسئلة فى المبسوط فيما إذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبدا فالكتابة فاسدة فتجب القيمة ، فإن كانت ناقصة عن الألف لاينقص ، وإن كانت زائدة زيدت عليه انتهى . ولا يخفى عليك أن ماذكره من أنه لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير مخالف لما فى شروح الهداية (قوله وهذا أى وجوب القيمة بالغة مابلغت أقول : لايخفى عليك أن قوله لأن المولى مارضى بالنقصان لايلائم هذا التفسير ، والظاهر أنه إشارة إلى قوله ولا ينقص عن المسمى ، ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة مابلغت تفريع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لأنه يخرج ملكه فى مقابلة بدل الخ) أقول : فى دلالته على عدم رضا المولى بالنقصان فى المسمى تأمل ، وقوله فلا يرضى بالنقصان إن أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاه عام ، وإن أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولا دلالة عليه فى قوله لأن بعدم الإخراج الخ (قوله فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية) أقول : كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت فى القيمة أو فى المسمى إذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة ، فلو لم يرض بالزيادة أى بما يوجبه وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت إدراك شرف الحرية فليتأمل .

وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هوالبدل ، وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة فى الفساد ،

بالكلية مع أنه مطلب مقصود بالبيان هاهنا كما لايخفى ، أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لايطابق الدليل المدعى وأن لايفيده ، إذ لايستدعى عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى إلا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة مابلغت ، لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هوالنقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما ينفصح عنه قول الشارح المزبور ، لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أوفى القيمة ، فيرد عليه أن يقال : إن عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لامدخل له فى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان هاهنا لانقصان عن المسمى . فلعل الشارح المزبور إنما اغترّ بقول المصنف فى آخر كلامه فنجب بالغة ما بلغت ، ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لاعلى مجموع الدليل فلا وجه للا غترار بذلك أيضا . وأما الثانى : أى أنه غير تام فى نفسه فلأن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان سواء كان فى المسمى أو فى القيمة ممنوع ، كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة أم لا ، فما يخالف رضاه إنما هو النقصان عن المسمى لاغير . ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة إذا كان البدل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لايجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور هاهنا فى تلك الصورة أيضا على تقدير صحة تعميم النقصان فى قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان لانقصان الكائن فى المسمى وفى القيمة تأمل تقف . ثم ثم قال صاحب العناية : ولعل التصوّر على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصوّر بطلان حقه فى العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة ، لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ماذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه اه . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن الذى يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد إنما هو عدم ثبوت العتق له رأسا لابطلان حقه فى العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهى قوله كى لايبطل حقه فى العتق ، إذ الظاهر أن بطلان حق شخص فى شىء إنما يكون بعد تعلق حقه به أوّلا . ومورد ما قيل إنما هو قول المصنف كى لايبطل حقه فى العتق أصلا كما صرح به فى النهاية وغيرها ، فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور : الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد ؟ وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السوّال بوجه آخر حيث قالوا : فإن قيل : ما وجه قوله كى لايبطل حقه فى العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخمر وأنه لايقبل البطلان فكيف يتصوّر بطلان حقه فى العتق ؟ قلنا : يحتمل أن يكون القاضى يرى صحة ما روى عن أبى حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل إن أدّيتها فأنت حرّ فأدى الخمر لايعتق ، فلو قضى القاضى بتلك الرواية يبطل حقه فى العتق اه . أقول : فيه بحث . أما أوّلا فلأن مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كى لايبطل حقه فى العتق علة لعدم قضاء القاضى بتلك الرواية لالرضا العبد بالزيادة ، والمذكور فى الكتاب خلافه ، والكلام فيما ذكر فى الكتاب فلا يتم ذاك الجواب . وأما ثانيا فلأن ذلك على تقدير تمامه إنما يتمشى فى صورة إن لم يقل المولى للمكاتب على الخمر إن أدّيتها فأنت حرّ ، لا فى صورة إن قال له ذلك ، إذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر فى هذه الصورة فلا رأى للقاضى فيها مع أن مانحن فيه يعم الصورتين كما لايخفى ، فيبقى السوّال فى صورة . ثم إن صاحبى النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف هاهنا حيث قالا : ثم قوله كى لايبطل حقه فى العتق لايصلح تعليلا لقوله والعبد رضى بالزيادة لأنه يحتمل أن

الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا فى بقائه (وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لأنه هو البدل ، وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة فى القيمة) لاستحقاق المسلم تسلمه ، ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف . قيل : تعرف بأحد أمرين : إما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لايعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد . وإما بتقويم المقومين ، فإن اتفق الاثنان منهم على شىء جعل ذلك قيمة له ؛ وإن اختلفا لايعتق مالم يؤدّ أقصى القيمتين ، لأن شرط العتق لايثبت إلا بيقين . فإن قيل : القيمة مجهولة فكان الواجب أن يفيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة . أجاب بقوله (وأثر الجهالة فى الفساد) أى لا فى البطلان كما فى البيع فإنها تفسده لاتبطله . فإن قيل : الكتابة على ثوب كالكتابة

بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لايعتق بأداء ثوب لأنه لايوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته . قال (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) لأنه لايقدر على تسليمه .

يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه فى العتق ، لأن ذلك نفع مشوب بالضرر لأن تحمل الزيادة ضرر عليه وإن كان عتقه نفعا له اهـ . أقول : ليس ذاك بسديد ، لأن تحمل الزيادة إنما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق ، وليس كذلك لامحالة فإنه إذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه ، ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة ، فلم يظهر فى رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا فى عدم رضاه بها نفع له أصلا . ثم قالا : والأولى فى تعليل ذلك أن يقال : لأن العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، لأن ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ، ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة اهـ . أقول : وهو أيضا ليس بسديد ، لأن فى التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب ، فإنا بصدد أن يثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة مابلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة ، فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتنى على كون الواجب فى عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعا . ثم أقول : بقى شيء فى كلام المصنف وهو أن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لاتنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه ، إلا أن قوله لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة بلغت كما فى البيع الفاسد يرى مستدركا هاهنا لأنه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب ردّ قيمته ، كما فى البيع الفاسد إذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فإنه لايدل على أن لاتنقص القيمة عن المسمى فلم يكن فى ذكره فائدة فكان الأولى طرحه من البين كما فى الكافى (قوله لأنه لايوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته) قال صاحب العناية : وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مرادا ، والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون المتعين مرادا ، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقوّمين ، انتهى كلامه . أقول : فيه كلام ، أما أولا فلأنه إن أراد بالمطلق فى قوله والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فردا مبهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس بموجود فى الخارج ، إذ الإبهام إنما ينافى التعيين لا الوجود فى الخارج ، وكم من شيء نجزم بوجوده فى الخارج وإن لم تتعين خصوصيته عندنا وإن أراد بذلك مفهومه الكلى فنسلم أنه ليس بموجود فى الخارج ، ولكن لانسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مرادا لجواز أن يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضا . وأما ثانيا فلأن لمانع أن يمنع إمكان استدراك مراده بتقويم المقوّمين فى صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره فى صورة الكتابة على الثوب ، إذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وبتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ، ولا شك أن الأمر كذلك

على قيمة العبد فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة . أجاب بقوله (بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لايعتق بأداء ثوب) وتقريره : الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مرادا ، والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج فلا يكون مرادا ، فتعين أن يكون المتعين مرادا ؛ والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقوّمين . فإن قلت : فإن أدّى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولا ؟ قلت : ذكر فى الذخيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فإنه لايعتق العبد بأداء القيمة ، ولا تنعقد هذه الكتابة أصلا على المسمى ولا على القيمة . قال (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) إذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فإما أن يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولا كالنقود ، فإن تعين فإما أن يجيزه أولا ، فإن لم يجزه فإما أن يملكه المكاتب بسبب وأداه إلى المولى أولا ، فذلك أربعة أوجه ، فإن لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الألف من الدراهم

ومراده شيء يتعين بالتعيين ، حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لاتتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز يردّ في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق . قلنا : إن العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع ، بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط . فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى. وعن أبي حنيفة أنه لايجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب . والجامع أنه لايفيد ملك المكاسب وهو المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ، ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينا معينا ، والمسئلة فيه

في صورة الكتابة على القيمة أيضا ، ألا ترى إلى قول المصنف فيما مر : وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة اهـ . فكيف يمكن اطلاع المقوّمين على مراده في صورة الكتابة على

وهي لغيره جاز لأنها لاتتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة ، وإن تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز ، حتى إذا ملكه وسلمه عتق ، وإن عجز يردّ رقيقا لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم . فأشبه ما إذا تزوّج امرأة على عبد غيره فإن التسمية صحيحة ، حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ، ولو فسدت لرجعت به ، والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال . ووجه الظاهر أن العين في المعاوضات معقود عليه ، والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع . فإن قيل : قد تقدم أن لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لامعقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا . فالجواب أن ذلك إذا كان من النقود . وليس الكلام فيها وإنما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبه الصداق . وذلك لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل . وقال في النهاية : منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة ، فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى . وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وإن أجاز صاحب العين ذلك ، فعن محمد أنه يجوز لأن البيع يجوز عند الإجازة ، فإن اشترى شيئا بمال الغير فأجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لأن مبناها على المسامحة ، وقيل لأنها لاتفسد بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لايجوز اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازه المالك وبين ما لم يجزه (أن عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لايفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة ، لأنه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ : لأنها أي المكاسب لكن لابد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة إلى الأداء منها . ولاحاجة إلى الأداء منها فيما إذا كان البدل عينا معينة لغيره ، والمسئلة فيه) أي

(قوله فإن تعين فإما أن يجيزه) أقول : أي يجيز العقد (قوله وإن تعين به ولم يجزه و لم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول : الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله ، والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومه ، ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء . وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفا ، وإنما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن لغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى إذا ملكه الخ) أقول : كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى إلا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة . ثم أقول : إنه مخالف ظاهرا لفرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله إذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول : احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن .

على ما بيناه .وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه ، وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما فى النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا . ولو ملك المكاتب ذلك العين ، فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أدّاه لايعتق ، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أدّيت إلىّ فأنت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله . وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل ، لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان ، وهى مسئلة الكتابة على الأعيان ، وقد عرف ذلك فى الأصل ، وقد ذكرنا وجه الروايتين فى كفاية المنتهى. قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف: هى جائزة ، ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقى لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط ،فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل فى أبدال العقود . ولهما أنه لايستثنى العبد من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لاتصلح بدلا فكذلك مستثنى .

القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولهما أنه لايستثنى العبد من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لاتصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعنى أنهما يسلمان الأصل المذكور . ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يورد فساد العقد ، وهاهنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس ، وإنما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهى لاتصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر فى أول الفصل، فكذلك لايصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة، كذا فى الشروح والكافى . أقول : يرد على هذا التعليل أنه يقتضى أنه لاتصح الكتابة فيما إذا شرط أن يردّ المولى عليه عبدا معينا أيضا لجريانه فيه أيضا بعينه ، فإن قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة ، ولهذا لوكاتب عليها لم يصح كما مر فى أول الفصل ، وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر ، مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يردّ عليه عبدا معينا . والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسئلة بوجه آخر ، وعزاه إلى الزيلعى . وأورد عليه النقض بما إذا

فرض المسئلة فى ذلك (على ما بيناه) أن مراده شىء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز ، غير أنه إذا أجاز وجب تسليم عينه ،وإذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما فى النكاح ، والجامع صحة التسمية ليكون المسمى مالا وإن لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه (فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (إلا إذا قال له إذا أدّيت إلىّ فأنت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط . وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بأداء المشروط . وإن كاتبه على عين) معين (فى يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) فى رواية كتاب الشرب يجوز ، وفى رواية آخر كتاب المكاتب لايجوز (وهى مسئلة الكتابة على الأعيان) وهى التى ذكرت فى قوله وكذلك إن كاتبه على شىء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين فى كفاية المنتهى) ولم نذكره هاهنا لطوله . وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال : وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز .ووجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لايجوز . وإنما قلنا سوى النقود لأنه لوكاتبه على دراهم أو دنانير فى يد العبد بأن كان مأذونا فى التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات ، لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهى جائزة . قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول : فلا يناسب كلمة عن فى قوله فعن أبي حنيفة .

قال (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مرّ فى النكاح ، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لايجوز لأنه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة ، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل فى الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه .

شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور فى الكتاب هو الصواب ، وعزاه إلى الكافى حيث قال : لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة ، لأن ما كان من المائة بإزاء الوصيف الذى يرده المولى بيع وما كان منها بإزاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة فى صفقة فلا يجوز النهي عنها ، كذا قال الزيلعى . ويرد عليه أنه يقتضى عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة ، والقوم صرحوا بخلافه ، والصواب ما فى الكافى وهو أن بدل الكتابة فى هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف ، وهذا لأن العبد لايمكن استثناؤه من الدنانير ، وإنما تستثنى قيمته ، والقيمة لاتصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها ، فكذا لاتصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اه.ولا يخفى على ذى فطانة أنه لا فرق بين الوجه الذى عزاه إلى الزيلعى والوجه الذى عزاه إلى الكافى فى ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما ، فردّ الأول بورود ذلك عليه واستصواب الثانى ليس بمعقول المعنى (قوله أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لايجوز لأنه يشمل أجناسا فتتفاحش الجهالة ، وإذا بيّن الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل فى الكتابة) قال فى العناية : واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد ، لأن المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوّز التوكيل بشراء العبد . والجواب أن اللفظ إن شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا فى الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لافيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى . أقول : ليس السؤال بشىء ولا الجواب . أما الأول فلأنا لانسلم أن شمول اللفظ للأجناس إن منع الجواز ما جازت فيما إذا كاتب على عبد ، وقوله لأن المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا

ومحمد . وقال أبو يوسف : هى جائزة ، وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ، ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقى ، لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط ، وهذا بالاتفاق ، وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل وهو الأصل فى أبدال العقود . وقالا بالموجب : أى هذا الأصل مسلم ، ولكن فيما صح الاستثناء . واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح ، وإنما يصح باعتبار قيمته وهى لاتصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (وإذا كاتبه على حيوان وبيّن جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) أنه تركى أو هندى (ولا الوصف) أنه جيد أو ردىء (جازت وينصرف إلى الوسط) من ذلك الجنس . وقدره أبو حنيفة فى العبد بما قيمته أربعون درهما . وقالا : هو على قدر غلاء السعر ورخصه ، ولا ينظر فى قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب ، وإنما ينصرف إلى الوسط لأن الأصل فى الحيوان المجهول إذا ثبت فى الذمة أن ينصرف إلى الوسط كما فى الزكاة والدية ، والوسط فيه نظر للجانبين (ويجبر على قبول القيمة) لأنه قضاء فى معنى الأداء على ما عرف فى الأصول لأنها أصل من حيث أن البدل يعرف بها (وقد مر فى النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وإنما صح العقد مع الجهالة لأنها يسيرة ، ومثلها يتحمل فى الكتابة) لأن مبناها على المساهلة (فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه) حتى لو قال : كاتبتك إلى الحصاد أو الدياس أو القطاف صحت الكتابة ، وقد ثبت أن ابن عمر أجاز الكتابة على

(قوله وإنما يصح باعتبار قيمته وهى لاتصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول : لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا لعين هذا الدليل ، فإن قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة ، وقد سبق فى أول الفصل .

وقال الشافعي رحمه الله : لايجوز ، وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المسامحة ، بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة . قال (وإذا كاتب النصرانى عبده على خمر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لأنها مال فى حقهم بمنزلة الخل فى حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، وفى التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها ، وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن القيمة تصلح بدلا فى الكتابة فى الجملة ، فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة ، فأما البيع فلا ينعقد

لم يجوّز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لأن المصنف ماذكر قط فى كتاب الوكالة ولا فى موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا ، والذى ذكره فى كتاب الوكالة إنما هو أن العبد يشمل أنواعا ، وأن مايشمل أنواعا لايصح التوكيل بشرائه إلا ببيان الثمن أو النوع . فإنه قال هناك : ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو فى معنى الأجناس لايصح التوكيل وإن بيّن الثمن ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة ، وإن كان جنسا يجمع أنواعا لايصح إلا ببيان الثمن أو النوع ، لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمتنع الامتثال . مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لايصح لأنه يشمل أنواعا ، فإن بيّن النوع كالتركى والحبشى والمولد جاز ، وكذا إذا بيّن الثمن لما ذكرنا اهـ . فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدارا للاعتراض على المصنف ههنا ، وقد سبق إلى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ؟ ولعمرى إنه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول . وأما الثانى فلأن الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الأجناس الذى هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف فى المقامين : أى فى كتاب الوكالة ، وفيما نحن فيه ، أما هناك فلما عرفت آنفا ، وأما فيما نحن فيه فلأنه لو كان مراده مافى الجواب المزبور لزمه أن يقيد بالجنس فى قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالى والمتوسط ، إذ بيان الجنس الأسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال ، لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المسامحة ، بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام :

الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعى : لايجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع) فى أن تسمية البدل شرط فيها كما هى شرط فيه ، والبيع مع البدل المجهول أو الأجل المجهول لايجوز ، فكذا الكتابة . ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء ، والأول لايصح لأن البيع معاوضة مال بمال ، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها فى مقابلة فك الحجر فى الابتداء ، وكذلك الثانى لأنها وإن كانت فى الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبه النكاح فى الانتهاء ، وفى أن مبنى كل منهما على المسامحة ، وهذا المقدار كاف فى إلحاقها بالنكاح . وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة زيادة استظهار ، وإن لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناسا ، وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة . واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد ، لأن المصنف ذكر فى كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوّز التوكيل بشراء العبد . والجواب أن اللفظ إن شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا فى الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح . قال (وإذا كاتب النصرانى عبده الخ) وإذا كاتب النصرانى عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز ،

(قوله وإن شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول : الذى يشمل التركى والهندى وهما جنسان سافلان .

صحيحا على القيمة فافترقا . قال (وإذا قبضها عتق) لأن فى الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر . ولو أدّاها عتق وقد بيناه من قبل . والله أعلم .

ولنا أن هذا يعنى ما قاله الشافعى قياس فاسد ، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء . والأول لايصح لأن البيع معاوضة مال بمال ، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها فى مقابلة فك الحجر فى الابتداء . وكذلك الثانى لأنها وإن كانت فى الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح فى الانتهاء . وفى أن مبنى كل منهما على المسامحة ، وهذا المقدار كاف فى إلحاقها بالنكاح . وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة زيادة استظهار . انتهى كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأنه جعل قول المصنف فأشبه النكاح متفرعا على الشق الثانى حيث قال : فأشبه النكاح فى الانتهاء ، وليس بتام لأن كون النكاح فى الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم فى محله . وأما كونه فى الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح هاهنا سوى تاج الشريعة والعينى فإنهما قالا فى تعليل قول المصنف فأشبه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى . فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبه النكاح متفرعا إما على الشق الأول فقط أو على مجموع الشقين . وأما ثانيا فلأنه قال : وهذا

لأن الخمر فى حقهم كالخل فى حقنا ، وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها . وفى التسليم تمليك الخمر لأن الفرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم ، بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة ، والتسليم نقل من يد إلى يد ، والمسلم غير ممنوع من نقل اليد . كما إذا غصب المسلم من الذمى خمرا ثم أسلم الذمى فإنه لايمنع من استرداد خمره من يد الغاصب . وإذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته ، وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته ، لأن قيمة المسمى لاتصلح عوضا فى البيع بحال ففسد وتصلح فى الكتابة فى الجملة ، فإنه لو كاتب على وصيف : أى عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة لأن البقاء أسهل من الابتداء ، وإنما قيد بقوله على ما قاله البعض لأن بعض المشايخ قال : ينبغى أن يكون الجواب فى البيع كالجواب فى الكتابة معنى ، والرواية فى الكتابة رواية فى البيع . قال (وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لأن فى الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ، ولو أدّى الخمر عتق لما بينا فى أول هذا الفصل) أنه إذا أدّى الخمر عتق . وقال زفر : لايعتق ، وهذا لأن عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بأداء البدل المشروط ، فإذا وجد البدل وقع العتق . وذكر التمرتاشى أنه لو أدى الخمر لايعتق فكان فى العتق بأداء الخمر روايتان . والفرق على إحداهما بينها وبين المسلم إذا كاتب عبده على خمر فأدّاها إلى مولاه فإنه يعتق أن فى هذه المسئلة انقلبت الكتابة إلى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لأنه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحيحا بعد الإسلام ، ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه ، فبقاؤه صحيحا دليل على أن الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق . وفى مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة إلى إخراجها عن البدلية ، وإذا بقى بدلا عتق بأدائها .

(قوله وفى التسليم تمليك الخمر) أقول : الأظهر أن يقول : وتملكها ليطابق المشروح ؛ ألا يرى أن المسلم إذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر ، وإنما جعل التسليم ظرفا للتملك لاستلزامه إياه كأنه مشتمل عليه (قوله فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول : أى على رواية جواز الكتابة على عين فريد المكاتب (قال المصنف : ولو أداها عتق) أقول : قال الإتقانى : أى لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما إذا أسلم أحدهما ، إلا أن فى الكتابة معنى التعليق ، وبه صرح قاضيخان فى شرحه الجامع الصغير انتهى . وعلى شرحه يكون فى كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السغناقى فتأمل .

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله)

قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حرًّا يدا ، وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل . والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر لأن التجارة ربما لاتتفق فى الحضر فتحتاج إلى المسافرة ، ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر

المقدار كاف فى إلحاقها بالنكاح ، وجعل قول المصنف بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة لزيادة الاستظهار ، وليس هذا بتام أيضا لأن مجرد مشابهة شىء لشىء فى وجه لاينافى مشابهته لغيره فى ذلك الوجه أوفى وجه آخر ، فشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لاينافى مشابهته للبيع أيضا ، فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعى عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور . ولنا أن هذا قياس فاسد ، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ . فكان قوله بخلاف البيع عمدة فى إثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط ، والله الموفق للصواب .

(باب مايجوز للمكاتب أن يفعله)

الظاهر أن اكتفاء المصنف فى عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات ، وإلا فقد ذكر فى هذا الباب كثير مما لايجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى . ثم إن صاحب العناية قال : لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان مايجوز للمكاتب أن يفعله وما لايجوز له ، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اهـ . واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : لايذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح ، فإن هذا التعليل لايقتضى تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة ، بل يقتضى تقديمه عليها فلا يتم التقريب . وقال صاحب النهاية : لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وأن لايفعله انتهى . أقول : هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المزبوران ، لكن فيه أيضا سماجة لأنه جعل قوله وأن لا يفعله فى حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع فى بيان مايجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لايفعله ، ولاشك أن الذى ذكر فى هذا الباب وقصد بيانه إنما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لايجوز أن يفعله كما يفصح عنه . قوله ولا يتزوّج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لامجرد ما يجوز أن لايفعله ، فإن جواز أن لايفعل شيئا لاينافى جواز أن يفعله أيضا كما فى الأشياء المباحة التى يستوى فيها جانبا الفعل والترك ، وما نحن فيه ليس كذلك قطعا (قوله ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية : قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب حيث قال : وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وكأنه أعادها تمهيدا لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فإنه لم يبين ذلك ببيانه ثمة اهـ .

(باب مايجوز للمكاتب أن يفعله)

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع فى بيان مايجوز للمكاتب أن يفعله وما لايجوز له ، فإن جواز التصرّف يبتنى على العقد الصحيح . قال (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب حيث قال :

(باب مايجوز للمكاتب أن يفعله)

(قوله فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح) أقول : هذا الوجه بظاهره لايقتضى تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب ، بل يقتضى عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة فى كتاب المكاتب) أقول : لا يخفى عليك أنه إنما

قد يحابى فى صفقة ليربح فى أخرى . قال (فإن شرط عليه أن لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن فى صلب العقد ، وبمثله لاتفسد الكتابة . وهذا

أقول : لايخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور إنما هو جواز السفر للمكاتب لاجواز البيع والشراء ، فحديث الإعادة للتمهيد لايتم عذرا بالنظر إلى مسئلتى البيع والشراء كما ترى . وقال بعض الفضلاء : لايخفى عليك أنه إنما ذكره هناك استطرادا ، وإنما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدورى هاهنا انتهى . أقول : وهذا الذى ذكر هنا ليس بلفظ القدورى . وإنما لفظه : فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وبإضمار المكاتب دون إظهاره ، والذى ذكر هنا بالواو بدل فاء التفريع ، وبإظهار لفظ المكاتب إنما هو لفظ البداية . نعم حاصل معناهما واحد ، لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا . فإنه قال هناك : فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر ، ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا . وعن هذا قال فى غاية البيان : وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لأنه ذكرها فى أوائل كتاب المكاتب عند قوله وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، إلا أنه لم يذكر فى البداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر ، وذكر جواز البيع والشراء والسفر فى هذا الموضع فى البداية . فلما بلغ فى الهداية وهى شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير إخلال وإن كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر فى الهداية قبل هذا اهـ فتبصر (قوله وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن فى صلب العقد وبمثله لاتفسد الكتابة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : يعنى أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن فى صلب العقد وهو أن يدخل فى أحد البدلين ، كما إذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا ، وهذا ليس كذلك لأنه لاشرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : قوله ولا فيما يقابله ممنوع ، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل ، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب ، إلا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر انتهى . أقول : ليس ذلك بشىء ، لأن كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لايقتضى كونه داخلا فيهما ، فإن تخصيص الشىء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه ، كما إذا عرفنا الإنسان بالحيوان الضاحك فإن قيد الضاحك يخصص الحيوان بالإنسان مع أنه خارج عنه قطعا ، وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا ، إذ لاريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية ، وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب ، فإن اختصاص هذا الشرط به لايقتضى دخوله فيه ، بل لا مجال لدخوله فيه أصلا كما لايخفى . والذى نفاه صاحب العناية إنما هو دخول هذا الشرط فى بدل الكتابة أو فيما يقابله ، إذ به يتحقق التمكن فى صلب العقد كما عينه (قوله وهذا

وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه ، وكأنه أعادها تمهيدا لقوله (فإن شرط عليه أن لايخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فإنه لم يبين ذلك بيبانه ثمة . وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة ، لأن مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد ، وذلك قد يكون بالضرب فى الأرض والتقييد بمكان ينافيه ، والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل . فإن قيل : هذا يقتضى بطلان العقد كما فى البيع . أجاب بقوله (وصح العقد) يعنى أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن فى صلب العقد ، وهو أن يدخل فى أحد البدلين كما إذا قال كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زمانا ، وهذا ليس كذلك (لأنه لاشرط فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة ، وهذا) أى هذا التفصيل

ذكره هناك استطرادا ، وإنما محل ذكره أصالة هنا ، وهذا لفظ القدورى هنا (قوله ولا فيما يقابله) أقول : قوله ولا فيما يقابله ممنوع ، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل ، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب إلا أن

لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد ، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الأصل . أو نقول : إن الكتابة فى جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقا فى حق هذا الشرط ، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة . قال (ولا يتزوّج إلا بإذن المولى)

لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع فى شرط تمكن فى صلب العقد ، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه فى البدل وبالنكاح فى شرط لم يتمكن فى صلبه هذا هو الأصل) أقول : لقائل أن يقول : قد مرّ قبيل هذا الباب فى مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها ، وردّوا على الشافعى قوله بمشابهته البيع فكيف يصح منهم العمل هاهنا بشبهه بالبيع أيضا . ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافى العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الأول على الثانى فيما لا يمكن العمل بهما معا كما فى المسئلة المارة فتأمل (قوله أو نقول إن الكتابة فى جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان : لو قال فى جانب المولى إعتاق أو قال فى جانب العبد عتق كان أولى انتهى . أقول : كل من شقى كلامه منظور فيه . أما شقه الأول فلأنه لو قال فى جانب المولى إعتاق لم يتم المطلوب ، لأن هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة إعتاقا فى جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسدا فى جانب العبد ، بخلاف ما إذا كانت إعتاقا فى جانب العبد كما لا يخفى ، فلهذا قال : إن الكتابة فى جانب العبد إعتاق . وأما شقه الثانى فلأن الإعتاق فى قوله فى جانب العبد إعتاق مصدر من المبنى للمفعول دون المبنى للفاعل فيئول إلى العتق ، فكان قوله فى جانب العبد إعتاق وقوله فى جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى . ثم قال صاحب الغاية : وهذا الذى قالوه ضعيف ، إذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق . ولقائل أن يقول : إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغى أن لا تفسد الكتابة أيضا إذا دخل الشرط الفاسد فى صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف . والأولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين ، إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه : ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل فى صلب العقد ، أو نقول : يندفع بقوله فى حق هذا الشرط انتهى . أقول : كل من وجهى دفعه غير سالم . أما وجهه الأول فلأن كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق فى كل صورة من الكتابة ، فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل فى صلب العقد أيضا ، وإن

(لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الأداء (وتشبه النكاح) من حيث أنها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن فى صلب العقد عملا بشبه النكاح ، وببطلان العقد إذا تمكن فى صلبه عملا بشبه البيع (أو نقول : إن الكتابة فى جانب العبد إعتاق) لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد ، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شىء وإنما يسقط عنه ملك مولاه ، وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل فى الإعتاق لدخوله فى الكتابة وهى إعتاق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل فى الإعتاق (والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة)

هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجىء بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول : حيثية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح إلا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف : أعنى وعدم صحتهما بلا بدل (قوله وعدم صحتهما بلا بدل) أقول : يعنى بلا ذكر بدل (قوله واحتمالهما الفسخ قبل الأداء) أقول : واحتمال الفسخ بعد الأداء أيضا لا يضرنا (قال المصنف أو نقول : إن الكتابة فى جانب العبد إعتاق) أقول : قال الإتقانى : لو قال فى جانب المولى إعتاق أو قال فى جانب العبد عتق كان أولى انتهى . والأمر فيه سهل (قال المصنف : فاعتبر إعتاقا فى حق هذا الشرط) أقول : قال الإتقانى : ولقائل أن يقول إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغى أن لا تفسد الكتابة أيضا إذا دخل الشرط الفاسد فى صلب عقد الكتابة ، فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى . ولا يخفى عليك أنه يجوز

لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود . والتزوّج ليس وسيلة إليه . ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرّع وهو غير مالك ليملكه . إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بدّا من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون . ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرّع محض . فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لأن كل ذلك تبرّع (ولا يقرض) لأنه تبرّع ليس من توابع الاكتساب (فإن وهب

رجع إلى العمل بكونها معاوضة فيما دخل فى صلب العقد وبكونها إعتاقا فى غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه إلى الوجه الأول . وأما وجهه الثانى فلأن التقييد بقوله فى حق هذا الشرط لا يدفع الإشكال المذكور . إذ لقائل أن يقول : إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغى أن يعتبر إعتاقا فى غير هذا الشرط أيضا (قوله لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوّج ليس وسيلة إليه) قال بعض الفضلاء : تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ؟ وقال : ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى . أقول : بل يمكن تعميمه له . إذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو أن المكاتبة بتزويج نفسها تتملك المهر فيصير ذلك وسيلة إلى اكتساب المال الذى هو المقصود من الكتابة . ومأخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سيأتى فى تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لأنه اكتساب المال فإنه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى . لكنه ليس بتام ، فإن بين تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به فى أثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب أمته فيما سيأتى ، وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغى أن تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لأنها تكسب بالمهر وتسقط نفقتها عن نفسها . ومع ذلك ذكر فى باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتبة لا تتزوج بغير إذن المولى . وأجاب بأن تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة ، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال . فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة . وقال : وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الأمة ، وعزاه إلى المبسوط . فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها أيضا كما لا يخفى تأمل تقف . نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافى بعد قول المصنف والتزوّج ليس وسيلة إليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب ، فإن التزام المهر والنفقة إنما يتصور فى حق المكاتب دون المكاتبة ، لكن الكلام فى إمكان تعميم الدليل الواقع فى عبارة المصنف . ثم إن الدليل الأظهر الخالى عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولا يجوز للمكاتب أن يتزوّج

قال (والتزوّج ليس وسيلة إليه) الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود : أى إلى مقصود المولى من البدل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للإيفاء وذلك بفك الحجر والتزوّج ليس وسيلة إلى المقصود ، بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر ، لكن إذا أذن له المولى بذلك جاز لأن الملك فيه قائم (ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (إلا بالشيء اليسير) وكلامه فيه ظاهر ، والمجاهز عند العامة : هو الغنى من التجار ، وكأنه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرّف إلى المجاهز ، كذا فى المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعنى فى الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثانى تبرع محض فكان كالهبة ، والأول إقراض لأن الكفيل متى أدّى صار مقرضا بما أدّى للمكفول عنه ، والإقراض تبرع ، وإنما قيد بالحال لأنها بعد العتق صحيحة فى حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه . فإن قيل : بدل الكتابة مال فى ذمته وتسليم النفس لا ينافى ذلك ولا يضرّه . أجيب بأنه يضرّه فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل

دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل فى صلب العقد . أو نقول : يندفع بقوله فى حق هذا الشرط والتفصيل فى حواشى حميد الدين الضرير فراجعه (قال المصنف : ويجوز بإذن المولى لأن الملك له) أقول : تأمل ، هل يمكن

على عوض لم يصح لأنه تبرّع ابتداء (وإن زوّج أمته جاز) لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد . قال (وكذلك إن كاتب عبده) والقياس أن لايجوز وهو قول زفر والشافعي ، لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال . وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لايزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له . قال : فإن أدّى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى ، لأن له فيه نوع ملك ، وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة ، فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئا (فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لاينتقل الولاء إليه) لأن المولى جعل معتقا والولاء لاينتقل عن المعتق (وإن أدّى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له . قال (وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوّج عبده لم يجز) لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه . أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته

بغير إذن مولاه ، وكذا المكاتبة لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر » لأن المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أنه [1] لاينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه . نعم ماذكره من الدليلين بعبارته ورد في المذكر ، ولكن بدلالته يعم المؤنث أيضا لا محالة (قوله وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوّج عبده لم يجز لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه)

بالاكتساب الذي يحصل به المال . وقوله (وإن زوّج أمته جاز) ظاهر . وقوله (ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه . ومن ملك شيئا جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير (بخلاف الإعتاق على مال) فإنه لايملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للأول ، فإن العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال ، وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لايملكه وهو لايجوز (قوله فإن أدّى الثاني) يعني إن أدّى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الأول (عتق الثاني) لتحقق شرط عتقه (وولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك) لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابة المولى للأول بمنزلة علة العلة ، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكا للمولى كالأول (وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وإن كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه (فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية) لكونه رقيقا (أضيف إليه) أي إلى المولى لكونه علة العلة (كالعبد إذا اشترى شيئا) فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر إثباته للعبد لعدم الأهلية (فلو أدّى الأول بعد ذلك وعتق لاينتقل الولاء إليه ، لأن المولى جعل معتقا) مباشرة حكما لما أن العقد انتقل إليه لعدم أهلية المكاتب للإعتاق (والولاء لاينتقل عن المعتق) مباشرة ، وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء ، فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار إعتاق الأم ، والأصل أن الحكم لايضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة ، والتعذر عند عدم عتق الأب ، فإذا عتق زال فينجر الولاء إلى قوم الأب (وإن أدّى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الأول فولاؤه للأول لأن المباشرة من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت) . قال (وإن أعتق عبده على مال)

تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ولا يخفى أنه لايمكن (قوله بخلاف الإعتاق على مال فإنه لايملكه) أقول : والإعتاق مصدر من المبني للمفعول : أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

---

(١) (قوله أنه) أي في أنه اه من هامش الأصل اه مصححه .

وإثبات الدين فى ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض، وكذا الثانى لأنه إعتاق على مال فى الحقيقة . وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة، بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال (وكذلك الأب والوصىّ فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن فى تزويج الأمة والكتابة نظرا له ، ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية . قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : له أن يزوّج أمته)

قال صاحب العناية فى حل هذا المحل : قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها ، وإعتاق العبد على مال وغيره مما ذكر هاهنا ليس من ذلك فلا يملكه اهـ . أقول : قد أخل الشارح المذكور بحق المقام فى تقرير الكلام حيث قال : إن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع أنه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على مامرّ فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجىء . فالحق هاهنا عبارة المصنف حيث قال : لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه . لايقال : إن مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وإن لم يكن من نفس التجارة فاندرج فى قوله أو من ضروراتها. لأنا نقول : ليس ذلك من ضروراتها أيضا لأن المأذون له يملك التجارة إجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتى . وقد تقرر عندهم أن من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مرّ من قبل ، فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا إجماعا ، فلا محيص عن المحذور فى كلام الشارح المزبور إلا بأن يجعل لفظ التجارة فى كلامه مجازا عن مطلق الكسب إطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الأب والوصىّ فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعنى يملك الأب والوصىّ فى رقيق الصغير ما يملكه المكاتب فى رقيق نفسه ، ولا يملكان فى رقيق الصغير مالا يملكه فى رقيق نفسه فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا إعتاقه على مال ، كذا قالوا . واعترض عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال فيما نقل عنه فى الحاشية لقائل أن يقول : الإعتاق على مال أنفع من البيع على مامرّ ولا مانع هاهنا ، بخلاف المكاتب فإن كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فإذا ملكا البيع كان ينبغى أن يملكا العتق على مال أيضا اهـ . أقول : لم يمرّ فى هذا الكتاب ولا فى كتابه ولا فى شيء من الكتب أن العتق أنفع من البيع ، وإنما الذى مرّ وتقرر فى عامة الكتب أن الكتابة أنفع من البيع لأنها لا تزيل الملك إلا بعد وصول البدل إلى المالك والبيع يزيله قبله ، ولا شك أن الإعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من إثبات الدين فى ذمة المفلس كما مرّ آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فإذا ملكا البيع كان ينبغى أن يملكا العتق على مال أيضا (قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف : له أن يزوّج أمته) أقول : فى هذا التحرير نوع إشكال ، لأنه إن كان المشار إليه بذلك فى قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وإن أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوّج عبده لم يجز ، فمع كون كلمة أما فى قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه ، إذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز ينافيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوّج أمته ، فإن تزويج الأمة ليس بداخل فى هاتيك الصور المذكورة

قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها ، وإعتاق العبد على مال غيره مما ذكره هاهنا ليس من ذلك فلا يملكه . وقوله (وأما الثالث فتنقيص له) لأن من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب ، وكلامه ظاهر . وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله وإن زوّج أمته جاز لأنه اكتساب للمال (قوله وكذلك الأب والوصىّ) ظاهر (قوله ولأن فى تزويج الأمة والمكاتبة نظرا) أما فى تزويج الأمة فلما مرّ آنفا ، وأما فى الكتابة فلأنه بالعجز يردّ رقيقا ، فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لاشك فى كونه نظرا (قوله فأما المأذون له) فظاهر .

(قوله إنما يملك ما كان من التجارة) أقول : الأولى أن يقول : من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجىء بعد سطور ويملكه المكاتب (قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول : لا وجه للفاء، إذ لا يتضمن المبتدأ معنى الشرط .

وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة .

قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه ، وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر فى هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فإنهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلى . فإن قلت : المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر فى هذا الباب أصالة ، ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر إنما ذكرت فى أول هذا الباب تمهيدا لقوله فإن شرط عليه أن لايخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمة . قلت : قد عرفت هناك أن مايصلح للتمهيد إنما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء ، فحديث الذكر للتمهيد دون الأصالة لايتم عذرا لاهناك ولا هنا . واعلم أن صاحب الوقاية ذكر فى هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وإن شرط ضده وإنكاح أمته وكتابة عبده . وثانيا مالا يصح منها بقوله لا تزوّجه إلا بإذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه إلا بيسير وتكفله وإقراضه وإعتاق عبده ولو بمال . ثم لما قال : وشيء من ذا لايصح من مأذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما فى المشار إليه من الاشتباه والإشكال ، فحمل الإشارة على المنفيات فقط وهى من قوله لاتزوّجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها فى صورتى البيع والشراء من المثبتات . وأما فى هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه . أما أولا فلأن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الأخرى فلا تفهم الإشارة إلى البعض دون الآخر من اللفظ . وأما ثانيا فلأن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوّج أمته يمنع ذلك . لأن تزويج الأمة من قبيل المثبتات فى المكاتب ، وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم هاهنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة فى التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة) أى أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب ، فإن المكاتب يجوز له أن يزوّج أمته فكذلك المأذون له ، واعتبر التزويج بالإجارة فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له أن يزوج أمته كذا فى الشروح . أقول : فى كل

وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر فى بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلاخلاف واستدل بنقل عن الكرخى وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال : ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه مافيه . وقوله (هو) يعنى أبا يوسف (قاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوّج الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالإجارة أى اعتبر التزويج بالإجارة فإن المأذون له جازله أن يؤجر عبده أوأمته فكذا يجوزله أن يزوج أمته ،وقاسه واعتبره مترادفان . وقيل استعمل القياس بين العينين : أى المأذون والمكاتب ، والاعتبار بين الفعلين : أى التزويج والإجارة لأن المماثلة بين العينين ظاهرة ، إذ فى كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى ، بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية لاغير ، لأن الإجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج ، وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى فذلك لايكون بين عينين ،

(قوله ذكر فى بعض الشروح) أقول : يعنى غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول :فإن دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق،وما ذكره عن الكرخى أيضا ممنوعة ، لكن العلامة الإتقانى لم يقتصر فى الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخى وغيره ، بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث ، وعن شرح الطحاوى للإمام الإسبيجابى ما يدل صريحا على الاتفاق ، وما ذكر عن الكرخى أيضا يصلح مؤيدا لذلك ، ويكفى ذلك لذكره فى هذا المقام . ثم قوله يجوز له أن يكاتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب ، والصواب يجوز له تزويج الأمة إذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمل القياس) أقول : القائل هو السغناقى (قوله لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية) أقول : فى الحصر كلام ، فإنهما يتماثلان فى كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لأن الإجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول:لايدل على الحصر الذى ادعاه (قوله وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى الخ) أقول : المراد هو القياس الشرعى . وقوله لايكون بين عينين إن أراد أنه لايكون بين عينين حقيقة فسلم ، وإن أراد أنه لا يجعل العينان مقيسا ومقيسا عليه مجازا ففساده ظاهر ، والحكم بالأولوية لظهور المماثلة فى الأول دون الثانى .

ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب يتملك الاكتساب وهذا اكتساب ،

من قياسه واعتباره نظر . أما فى الأول فلأنه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه فى كتابة عبده أيضا ، فإن المكاتب يجوز له أن يكاتب عبده فينبغى أن يجوز للمأذون له أيضا أن يكاتب عبده بطريق القياس ، مع أن كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق . وأما فى الثانى فإنه لو تم اعتبار التزويج بالإجارة من حيث أن جوازها للمأذون له يقتضى جوازه له أيضا لزم أن يجوز تزويج عبده أيضا كما يجوز إجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالإجماع . ثم إن صاحب النهاية قال : ثم استعمل لفظ القياس فى العينين وهما المأذون والمكاتب ، ولفظ الاعتبار فى الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المماثلة بين هذين العينين ظاهرة . إذ فى كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك . وأما فى هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير ، لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لأن للمنفعة حكم المالية ؛ ألا يرى أن الحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الأموال الحقيقية فى البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اه كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأنه إن أراد بقوله إذ فى كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف أن فى كل منهما فك الحجر وإطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا . إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل فى كتابيهما ، وإن أراد بذلك أن فى كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف الذى أطلق فى الآخر أيضا فليس كذلك أيضا ؛ ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق ، وإن أراد بذلك أن فى كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف بعض من التصرفات فى الجملة فبهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها . وأما ثانيا فلأن قوله لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير ، فإن انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعى انتفاءها من الحيثيات الأخر التى من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب . وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية وفيه نظر ، لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعى فذلك لا يكون بين عينين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته اه . أقول : هذا النظر مندفع ، فإن المراد بالقياس هو الشرعى كما يرشد إليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية . قوله فذلك لا يكون بين عينين إن أراد به أنه لا يكون بين نفسى العينين من حيث ذاتيهما فهو مسلم ، ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية ، بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ، ولا ريب فى جريان القياس الشرعى بينهما من هذه الحيثية ، وإن أراد به أنه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة ، على أنه لو كان المراد بالقياس هاهنا غير الشرعى كان منع الأولوية أيضا ساقطا ، لأن لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالا فى معنى المماثلة من لفظ الاعتبار ، حتى أن معنى المماثلة كان معتبرا فى أصل معنى القياس من حيث اللغة ، وعن هذا قال فى صحاح الجوهرى وغيره : قاس الشىء بالشىء قدّره على مثاله . فكان استعمال لفظ القياس فى الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة ، واستعمال لفظ الاعتبار فى الأمرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعا ؛ لأن فيه توفية الأقوى للأقوى والأضعف للأضعف . ثم إن رأى صاحب العناية هاهنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما فى النهاية : وقاسه واعتبره مترادفان اه . أقول : إن أراد أنهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا ، وإن أراد

وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا) أى تزويج الأمة (ليس بتجارة) لأنه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب) لأنه اسم لما يتوصل به إلى المال ، وبالتزويج توصل المولى إلى المهر فكان اكتسابا .

(قوله وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول : فيه بحث .

ولأنه مبادلة المـال بغير المـال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هى مبادلة المـال بالمـال ولهذا لايملك هؤلاء كلهم تزويج العبد ؛ والله أعلم .

أنهما مترادفان فى عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه يفليتبع (قوله ولأنه مبادلة المـال بغير المـال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هى مبادلة المـال بالمـال) أقول : يرد على قوله إذ هى : أى الإجارة مبادلة المـال بالمـال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المـال بالمـال بالإجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه . وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : فيه بحث . لأنه مخالف لمـا ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل اهـ. أقول : يمكن التوفيق بين ماذكره المصنف هاهنا وبين ما ذكره الشراح فى وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فى صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المـال بمقابلة ماليس بمال اهـ ، بأن مرادهم ما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ؛ ومراد المصنف بالمـال فى قوله إذ هى مبادلة المـال بالمـال ما هو مال حكما وإن لم يكن مالا حقيقة ، فإن أحد البدلين فى عقد الإجارة وهو المنفعة جعل فى حكم المـال بتسليم رقبة العين وإقامتها مقام المنفعة ، بخلاف عقد الكتابة ، ويفصح عن كون المراد بالمـال فى قوله إذ هى مبادلة المـال بالمـال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية فى تعليل ذلك لمـا ذكرنا من أن المنفعة فى الإجارة فى حكم المـال اهـ . ثم أقول : ويمكن أن يحمل المـال فى تعريفهم البيع بمبادلة المـال بالمـال على المـال الحقيقى دون ما يتناول الحكمى بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال ، فحينئذ لايرد انتقاض تعريف البيع بالإجارة لأن أحد البدلين هناك مال حكما لاحقيقة كما عرفته آنفا . ثم إن عامة الشراح قالوا فى تعليل قول المصنف إذ هى مبادلة المـال بالمـال لأن المنافع فى باب الإجارة مال ؛ وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل : ولأن المنافع فى باب الإجارة تصلح مهرا فى النكاح مع أن النكاح شرع ابتغاؤه بالمـال لقوله تعالى ـ أن تبتغوا بأموالكم ـ اهـ. وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو فى قوله لأن المنافع فى باب الإجارة تصلح مهرا فى باب النكاح بل جعله علة لمـا قبله . أقول : فيه بحث لأنه مخالف لمـا ذكره المصنف فى باب المهر من كتاب النكاح فى تعليل قوله وإن تزوّج حرّ امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعى فى ذلك : ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمـال والتعليم ليس بمال ، وكذا المنافع على أصلنا اهـ . فإنه صريح فى أن المنافع ليست بمال على أصلنا سيما فى باب النكاح فتأمل .

(قوله) ولأنه أى التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لأنها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالإجارة لأنها مبادلة المـال بالمـال ؛ لأن المنافع فى باب الإجارة مال (ولهذا) أى ولأن التزويج ليس من الاكتساب (لايملك هؤلاء) أى المـأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لأنه ليس باكتساب المـال .

(قال المصنف : ولأنه مبادلة المـال بغير المـال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هى مبادلة المـال بالمـال) أقول : فيه بحث ، لأنه مخالف لمـا ذكره الشارحون فى وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل (قوله ولهذا : أى ولأن التزويج ليس من الاكتساب) أقول : إن أراد تزويج الأمة فلا شك أنه من الاكتساب ؛ وإن أراد مطلقا فلم يدع أحد أنه من الاكتساب .

(فصل)

قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الإمكان ؛ ألا ترى أن الحرّ متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه (وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة ، وقالا : يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان فى الحرّ فى حق الحرية . وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا . غير أن الكسب يكفى الصلة فى الولاد حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى فى غيرهما حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأن هذه قرابة توسطت بين بنى الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثانى فى العتق .

(فصل)

لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الأصالة شرع فى ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لأن التبع يتلو

(فصل)

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل فى الكتابة بطريق الأصالة ذكر فى هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الأصل . قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته) تقديم الأب فى الذكر هاهنا على ابنه للتعظيم ، وأما فى ترتيب القوّة فى الدخول فى كتابته فالابن مقدم على الأب سواء كان مولودا فى الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشترى ، فإن المولود يظهر فى حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب ، والمشترى يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الأب حالا ، ولا يتمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود فى الكتابة فى التبعية. وأما الأب فإنه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب ، ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا ، وإنما قال دخل فى الكتابة ولا يقل صار مكاتبا . لأنه لو صار مكاتبا لكان أصلا ولقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلى ، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة .
فإن قيل : ما الفرق بين المشترى فى الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير ، فإنه إذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شىء ، وإذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه . أجيب بأن المشترى تبع من كل وجه فلا معتبر به فى أمر البدل لتقرره قبل دخوله فى الكتابة . وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل فى مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه ، ثم المكاتب إذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل فى كتابته كما ذكرنا لأنه لما لم يكن من أهل الإعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الإمكان (وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل فى كتابته عند أبى حنيفة ، وقالا : يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لأن وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفترقان فى الحر فى حق الحرية ولأبى حنيفة أن للمكاتب كسبا لا ملكا لأنه ملك لغيره كما عرف وهذا لا يملك الهبة ؛ ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفى للصلة فى الولاد) لا فى غيره ، ألا يرى أن القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر ، ولأن هذه : أى قرابة الأخوة (توسطت بين) القرابة البعيدة من (بنى الأعمام والقرابة القريبة وهى (الولاد) والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما (ف)عملنا بالشبهين و (ألحقناها بالثانية) أى القريبة فى العتق حتى إذا ملك الحرّ أخاه عتق عليه كما إذا ملك والده

(فصل وإذا اشترى المكاتب)

(قوله والمولود مقدم) أقول : أى المولود فى الكتابة الخ (قوله فإنه يحرم بيعه حال حياته) أقول : يعنى حال حياة الأب (قوله على نجوم الأب) أقول : يعنى بعد موته (قوله ولأن هذه : أى قرابة الإخوة) أقول : الأنسب أن يقال : أى قرابة المحرمية غير الولاد

وبالأول فى الكتابة وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لايكون له فسخه . قال (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه ، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد فى هذا الحكم ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب فى قول أبى يوسف ومحمد لأنها أم ولد خلافا لأبى حنيفة .

الأصل (قوله وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها فى الكتابة ولم يجز بيعها) هذا لفظ القدورى . قال المصنف : ومعناه إذا كان معها ولدها . وقال صاحب العناية فى شرح المقام : امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فلكها فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق . أقول : فى عبارته خلل ، لأن القنة بالتاء فى وصف المرأة تخالف اللغة ، إذ قد تقرر فى كتب اللغة عامة أن لفظ القن يستوى فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب : وأما أمة قنة فلم أسمعه اهـ . (قوله وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد فى هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها ») قال تاج الشريعة : فإن قلت : إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأم حقها وهاهنا يثبت للولد حق الحرية فينبغى أن لايثبت للأم حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد . قلت : للكتابة أحكام : منها عدم جواز البيع فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة . فإن قلت : لم لاتصير مكاتبة تبعا للولد ؟ قلت : لأن العقد ما ورد عليها اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن عدم ورود العقد عليها لايقتضى أن لاتصير مكاتبة تبعا للولد ، وإنما يقتضى أن لاتصير مكاتبة أصالة ، ألا يرى أن المكاتب إذا اشترى أباه دخل أبوه فى كتابته ويصير مكاتبا تبعا لولده كما مر ، مع أن العقد ما ورد على الأب هناك أيضا قطعا . فالصواب فى الجواب عن السؤال الثانى أن يقال : إنما لاتصير مكاتبة تبعا لولده تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها فى حق الحرية ، ألا يرى أنها لاتصير حرة فى الحال تبعا لحرية ولدها فى الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف فى موضعه ، فكذا لاتصير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر فى الجواب عن السؤال الأول ، بخلاف الأب إذا ملكه

أو ولده (وبالأولى) أى بالبعيدة (فى الكتابة) حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل فى كتابته كما إذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس . لأنا لو ألحقناها بالولاد فى الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا فى العتق (لأنه أسرع نفوذا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق ليس له ذلك) وفى ذلك إبطال لأحد الشبهين وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما . قال (وإذا اشترى أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فلكها ، فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لأن ولدها دخل فى الكتابة كما مر ولم يجز بيعها إذا عجز ، والأم تابعة للولد فى هذا الحكم ، قال صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » وإن ملكها وحدها فكذلك عندهما لأنها أم ولد خلافا لأبى حنيفة . له أن القياس جواز بيعها وإن كان الولد معها ، لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل ، فإن أدى عتق ، وما فضل معه فهو له ، وإن عجز عاد هو وماله للمولى ، وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ، وما يقبل الفسخ لايجوز أن يتعلق به مالا يقبل الفسخ كالاستيلاد ، لأن ما لايقبله أقوى من الذى يقبله ، والأقوى لايجوز أن يكون تبعا للأدنى إلا أنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه ، وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه . ولقائل أن يقول : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ماذكر فى أول الدليل ، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم . والجواب أنه ليس بتحكم ، وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب . وقوله والقياس ينفيه : يعنى

(قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول : أى بالشراء أو الهبة أو الإجارة ، وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها .

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ، إلا أنه يثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته فى الولد بناء عليه. وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له ولد من أمة له دخل فى كتابته) لما بينا فى المشترى (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه . وكذلك إن ولدت المكاتبة ولدا لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاد .

ولده فإنه يدخل فى عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقا للصلة بقدر الإمكان على ما مرّ . ثم قال تاج الشريعة: فإن قلت : العقد ما ورد على الولد أيضا.قلت:ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الأمة اه. أقول : فيه أيضا نظر ، لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لايقتضى أن يكون ورود العقد على الأب ورودا على الولد أيضا وإلا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه أصالة لاتبعا لوالده فلا يصح قول المصنف : أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرنا كما لايخفى.ويلزم أيضا أن لايثبت . فرق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها فى الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف (قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، إلى قوله : وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ماذكر فى أول الدليل ، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم . والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب . وقوله والقياس ينفيه : يعنى ولا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها ولدها ، إلى هنا كلامه . أقول : فى الجواب بحث ، وهو أن الأثر المذكور لايفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد ، بل هو بظاهر إطلاقه يتناول الصورتين معا ، فقوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا ، وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدى إلى المصادرة إذ هو أول المسئلة ،فإن الإمامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوّزا بيع المكاتب امرأته المشتراة التى ولدت منه قبل أن يملكها بناء على أنها أم ولد له وإن لم يملك ولدها .

ولا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها الولد (وإن ولد للمكاتب ولد من أمة له دخل فى كتابته لما بينا فى المشترى) يعنى فى أول الفصل حيث قال : لأنه من أهل أن يكاتب إن لم يكن من أهل الإعتاق . واعترض بأن المكاتب لايملك التسرى فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل فى الكتابة . وأجيب بأن معنى قوله لايملك التسرى لايحل له وطء أمته ، لكن إن وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطؤها . لكن إن وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب . قال فى المبسوط : جارية بين حرّ ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب ، فإن الولد ولده والجارية أم ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لأن المكاتب بماله من حق الملك فى كسبه يملك الدعوة كالحرّ فبقيام الملك له فى نصفها هاهنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ، ويثبت لها حق أمية الولد فى حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أى حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أى كسب الولد لوالده (لأن كسب الولد كسب كسبه) إذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده ؛ وكذلك إذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد فى كتابتها لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا) فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية فى الأمهات (كالتدبير والاستيلاد) والحرية والرق تسرى إلى الولاد ، فقوله مؤكدا إشارة إلى ذلك احترازا عن ولد الآبقة ، فإن بيعها لايجوز وبيع ولدها يجوز لأن امتناع البيع فى الآبقة غير مؤكد إذ الإباق مما لايدوم ، وكذا بيع المستأجرة والجانية فإن الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقرونا بشىء لكنه ليس بمؤكدا ، فقولهم الأوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين . وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر فإنها لاتسرى ، وإذا

قال (ومن زوّج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها فى الرق والحرية . قال (وإن تزوّج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرّة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة ، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه شارك الحر فى سبب ثبوت هـذا الحق وهو الغرور ، وهذا لأنه ما رغب فى نكاحها إلا لينال حرية الأولاد . ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا . وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ، وخالفنا هذا الأصل فى الحرّ بإجماع الصحابة رضى الله عنهم . وهذا ليس فى معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متأخرة إلى مابعد العتق

قط ، على أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتام على قول أصحابنا جميعا ، لأنه إن أراد بالملك فى قوله إذا ملكه الأب ملك اليمين فهو ليس بشرط فى إعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ، ألا يرى أن الحرّ إذا استولد أمة نفسه لايجوز بيعها بالأثر المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للأب ملك اليمين بلا ريب ، وإن أراد بذلك ملك التصرف فى أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط فى إعتاق الولد أمه عند أصحابنا ، فإن من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعا على ما مر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم ، مع أن التصرف فى أمر ذلك الولد فى الولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذى كان مولى ذلك الولد بسبب أن كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاد لا لأبيه ، فظهر أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتام على كل حال (قوله ومن زوّج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل فى كتابتها وكان كسبه لها) وفى بعض النسخ : دخل فى كتابتهما وكان كسبه لها أى فى الدخول يتبعهما ،

سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه . قال (ومن زوّج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية فى الأمهات تسرى إلى الأولاد ولهذا كان الولد داخلا فى كتابة الأم وكسبه لها (قوله لأن تبعية الأم أرجح) إشارة إلى ماذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها فى الرق والحرية . وفى بعض النسخ : دخل فى كتابتهما وكسبه لها أى فى الدخول يتبعهما وفى الكسب يتبعها خاصة ، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب ، وإنما كان تبعية الأم أرجح لأنه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض . قال (وإن تزوّج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ، ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها إلى المستحق عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : أولادها أحرار بالقيمة) لأنه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور ، لأنه ما رغب فى نكاحها إلا لينال حرية الأولاد فيجب عليه قيمة الأولاد والمهر فى الحال لوجود الإذن من المولى والأولاد أحرار ، هكذا فى المبسوط . وفى شروح الجامع الصغير أن قيمة الأولاد عنده يتأخر أداؤها إلى ما بعد العتق ، وإليه أشار المصنف بقوله (لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم إذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لأن الغرور حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقيقين ، والمولود بين رقيقين رقيق ، وهذا لأن الأصل فى الولد أن يتبع الأم فى الرق والحرية . لكن تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الرجل حرا بإجماع الصحابة) وقد قررناه فى التقرير (وهذا) أى ولد المكاتب (ليس فى معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق) فكان المانع عن

(قوله والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب) أقول : فيه تأمل ، إذ يجوز أن يقال : فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا (قوله وهذا لأن الأصل فى الولد أن يتبع الأم فى الرق والحرية) أقول : قد يكون الولد حرا من زوجين قنين بلا تحرير ووصية . وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لأجنبى فزوج الأب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الأمة ولدا فهو حر لأنه ولد ولد المولى ، كذا فى جامع الفصولين ، ولا ترد هذه نقضا على الكلية لأنها مقيدة بانتفاء المانع (قال المصنف : وهذا ليس فى معناه ، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهاهنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق

فيبقى على الأصل ولا يلحق به . قال (وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به فى الكتابة ، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن فى الفصل الأول ظهر الدين فى حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة ، وهذا العقر من توابعها ، لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لايجب العقر . أما لم يظهر فى الفصل الثانى لأن النكاح ليس من الاكتساب فى شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة . قال (وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر فى المكاتبة ، وكذلك العبد المأذون له) لأنه من باب التجارة ، فإن التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا ، والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا فى حق المولى .

(فصل)

قال (وإذا ولدت المكاتبة من المولى

وفى الكسب يتبعها خاصة ، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب ، كذا فى العناية وغيرها . قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، إذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى . أقول : ليس هذا بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد فى كتابة الأب هو الكسب له لاغير ، لأنه لايتبع الأب فى الرق والحرية ، فلما كان كسبه للأم خاصة لم تتحقق فائدة قط فى دخوله فى كتابة أبيه فكان القول بدخوله فى كتابة أمه فقط هو الوجه . ثم إن عتق الولد بعتق أمه إنما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه . والكلام فى الثانى . ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فتلك الفائدة أيضا إنما تتحقق بالنظر إلى دخوله فى كتابة أمه فقط ، فلا ينافى كون الأول هو الوجه ، بل يؤيده . وأما حديث أن لايبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له هاهنا ، لأن المراد بفائدة الدخول مايصلح أن يكون فائدة فى الجملة ، والكسب كذلك فإنه على تقدير حصوله يصير فائدة .

(فصـــل)

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ، ففصلها بفصل ووصلها بالذكر ، كذا فى الشروح

الإلحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق فى التأخير (فيبقى على الأصل ولا يلحق به ، وإذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير إذن المولى) أو بإذنه لكنه قال بغير إذنه ليتبين منه ما إذا كان بإذنه بطريق الأولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به فى الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق (وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما إذا كان بغير إذنه (و) حكم (المأذون له كذلك) قنا كان أو مدبرا ، والفرق المذكور فى الكتاب تقريره الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجبت العقر ، ولا كذلك النكاح ، وباقى كلامه ظاهر لايحتاج إلى شرح .

(فصـــل)

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل (قوله وإذا ولدت المكاتبة من المولى) وذلك

فيبقى على الأصل ولا يلتحق به) أقول : قيل وعلى تقدير أن تجب القيمة عند محمد حالا فنقول : ولد المكاتب ليس فى معنى الحر ، لأنه المخلق من ماء الرقيق ، وولد الحر المخلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه ، فلا يلحق حمله بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل .

(قوله تقريره الكتابة أوجبت الشراء) أقول فيه : بحث ، الا أن يقال : المراد أوجبت صحة الشراء .

(فصل وإذا ولدت المكاتبة)

فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة ؛ وإن شاءت عجزت نفسها ، وصارت أم ولد له) لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ، ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك الإعتاق فى ولدها وما له من الملك يكفى لصحة الاستيلاد بالدعوة . وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا . ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت وهى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة ، وإن لم تترك مالا فلا سعاية

(قوله ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة . قال تاج الشريعة ، فإن قلت : ينبغى أن لا يسقط لأن الأكساب تسلم لها وكذا أولادها التى اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة . قلت : الكتابة تشبه المعاوضة ، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط ، وبالنظر إليه يسقط ؛ ألا يرى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملا بجهة المعاوضة ، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط ، انتهى كلامه . وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العينى فى هذا السؤال والجواب . أقول : فى الجواب نظر . أما أولا فلأنه قد تقرر فيما مرّ مرارا أن العمل بالشبهين إنما يتصوّر فيما يمكن الجمع بين الجهتين ، وهاهنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل ، وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه ، وهما : أى السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد فى حالة واحدة ، وتنافى اللازمين يوجب تنافى الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك . وأما ثانيا فلأن العمل بالشبهين لو تصوّر هاهنا فإنما يتصوّر عند ثبوت الكتابة لأنها هى المشابه لكل من المعاوضة والشرط ، لا عند بطلانها لأنه ينتفى حينئذ محل المشابهة بالكلية ، فما معنى قول هؤلاء الشراح : فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين . وقلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة ، وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط . ثم أقول : الحق

بأن ادعاها (فهى بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته ، لأن للمولى حقيقة الملك فى رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وإنما تتخير (لأنه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر (وهو حرّ لأن المولى يملك الإعتاق فى ولدها) لأن الدعوى من المولى كالتحرير ، وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا ، فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الأولى . وقوله (وما له من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ، ويندفع به ماعسى أن يتوهم أن ملك المولى فى الكتابة ناقص فلا تصح دعوته . لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب فى مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى ، (فإن اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاها) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ماقدمنا) يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لأنها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة (ثم إن مات المولى) يعنى بعد مضيها على الكتابة (عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة) على ما نذكره . فإن قيل : وجب أن لا يسقط لأن الأكساب هاهنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة . أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة ، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط ، وبالنظر إليه يسقط ، ألا يرى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين ، وقلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة ، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط (وإن ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة ، وإن لم تترك مالا فلا سعاية

(قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبته لأن المولى الخ) أقول : قوله لأن تعليل لقوله أو كذبته (قوله فعملنا بالشبهين) أقول : نظرا لها

على الولد لأنه حرّ ، ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعى لحرمة وطئها عليه ، فلو لم يدّع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها ، فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها . قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ، ولا تنافى بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بغير فائدة ،

فى الجواب عن ذلك السؤال ما أشار إليه المصنف فى المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد ، لأن الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل (قوله وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ، ولا تنافى بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية) قال صاحب العناية : لايقال أحدهما يقتضى العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لايثبت بهما فكانا متنافيين ، لأنه لاتنافى بينهما لكونهما جهتى عتق تلقتاها على سبيل البدل انتهى . وردّ بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لايثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال : إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم ، كيف وفى العتق بالكتابة تسلم لها الأكساب ، بخلاف العتق بأمومية الولد ، وإن أراد النوعية فلا تنافى انتهى . أقول : وهو مردود بشقيه . أما شقه الأول فلأن صاحب العناية إن أراد بقوله والعتق الواحد لايثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه ، لأنه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لايسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة ، والعتق بأمومية الولد فى اللوازم سندا لمنع ذلك ، بل قال : العتق الواحد لايثبت بهما ، وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصى بالسببين المختلفين فى اللوازم أمر جلىّ لايقبل المنع ، وما ذكره ذلك البعض فى معرض السند بقوله كيف وفى العتق بالكتابة الخ لايصح أن يكون سندا لمنع ذلك ، بل إنما يكون علة لسقوط المنع عنه . وأما شقه الثانى فلأنه إن أراد بقوله فلا تنافى فى قوله ، وإن أراد النوعية فلا تنافى أنه لاتنافى بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع . كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الأكساب لها ، بخلاف العتق بأمومية الولد فأنى يجتمعان معا ، وإن أراد بذلك أنه لاتنافى بينهما من حيث

على الولد لأنه حرّ ولو ولدت ولدا آخر) وهى ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة ، وباقى كلامه ظاهر والله أعلم . قال (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) وإذا كاتب المولى أم ولده جاز ، لأن الكتابة يتوسل بها إلى ملك السيد فى الحال ، والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد إلى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا . لايقال : أحدهما يقتضى العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لايثبت بهما فكانا متنافيين ، لأنه لاتنافى بينهما لكونهما جهتى عتق تلقتاها على سبيل البدل . وعورض بأن مالية أم الولد غير متقومة عند أبى حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوّم . وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة ، والكتابة لرفع الأول فى أول الحال ولرفع الثانى فى الثانى ، والملك يجوز أن يقابل ببدل متقوم ، وإن لم يكن متقوما كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء فإنه يقابل حصة الآخرين بالمال (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بلا فائدة) بالنسبة إلى البدل ، وبقيت فى حق الأولاد والأكساب بعتق الأولاد وتخلص لها الأكساب .

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول : إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم ، كيف وفى العتق بالكتابة تسلم لها الأكساب بخلاف العتق بأمومية الولد ، وإن أراد النوعية فلا تنافى (قوله على سبيل البدل) أقول : وتوارد علتين مختلفين : الاجتماع على معلول واحد شخصى لايمتنع .

غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت فى حق البدل و بقيت فى حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه . ولو أدّت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية . قال (وإن كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافى ، إذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق (وإن مات المولى

التلقى على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية فى تعليل لايقال (قوله غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان : ولقائل أن يقول : النظر فى إيفاء حقها إليها وحقها الحرية وقد حصل لافى إبطال حق الغير ، لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ، ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى . وقال بعض الفضلاء : بعد نقل هذا الإيراد عن الشارح المزبور : وأنت خبير أنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهى مكاتبة ، وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى . أقول : ليس هذا بدفع صحيح لأن ملك المكاتب

ولقائل أن يقول : الكتابة عقد واحد فكيف يتصوّر بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة . والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصوّر باعتبارين : أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب على إيفاء البدل ، والثانى أن تبطل بانتهائه بإيفائه ، وبالأول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه ، وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه ، وحيث احتجنا هاهنا إلى بطلان الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الأول صرنا إليه . لايقال : فى كلام المصنف تسامح ، لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له ، والمعلول الواحد بالشخص لايعلل بعلتين مختلفتين ، لأن للكتابة جهتين : جهة هى للمكاتب ، وجهة هى عليه ، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمله فلعله سديد (ولو أدّت المكاتبة) بالنصب : أى بدل الكتابة . وفى بعض النسخ : ولو أدّت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية وإن كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها فى المبسوط فى المدبر ، وإنما جاز كتابتها لوجود المقتضى وهو الحاجة ، فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم . قال (وإن مات المولى

(قال المصنف : غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد) أقول : قال الإتقانى : لم نجد فيه الرواية المنصوصة . ولقائل أن يقول : النظر إليها فى إيفاء حقها إليها وحقها الحرية وقد حصل ، لافى إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ، ولم تعتق هى قبل موت المولى بل هى مملوكة حينئذ فينبغى أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاد لابالكتابة . ولنا فى قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظر ، لأنه لاحاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذى ذكره ، لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة الأولاد أيضا فى حق يكون النظر لها باقيا ، لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة اه كلامه . وأنت خبير بأنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهى مكاتبة ، وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة) أقول : امتناعه غير بين ولا يبين فى العقود الشرعية فكم لها نظائر (قوله والثانى أن يبطل بانتهائه بإيفائه) أقول : فيه شىء ، فإن بالإيفاء يتقرر ولا يبطل . والحق أن بطلان الثانى لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعى فى إيفائها بعده يكون سعيا فى تحصيل الحاصل ، وهذا هو الذى أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له فى الثانى دون الأول صرنا إليه) أقول : وفيه أنه ليس فى الثانى إيفاء الكتابة مع إبطالها وكان الكلام فيه . وجوابه أن عتقها كانت بأمومية الولد حقيقة ، لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطلة بالإيفاء نظرا لها ، فليس الإيفاء والإبطال فى زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين) أقول : إذا كانتا قريبتين ولا نسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لأن الكتابة جهتين : جهة هى للمكاتب وجهة هى عليه) أقول : أراد من قوله هى أولا العتق ومن قوله هى ثانيا البدل (قوله فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول : وعلى هذا فقول المصنف إذ الحرية غير ثابتة تعليل لوجود المقتضى ، والظاهر أنه تعليل لانتفاء المانع ، فإنه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول : معطوف على قوله لوجود المقتضى .

. . . .

والمكاتبة فى أكسابهما إنما هو يدا لارقبة ولهذا لايملكان التبرع فيهما ، وإنما رقبة أكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتى . فقوله وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لأن ملكها فى كسبها يدا لايمنع ملك الغير الذى هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية : ولنا فى قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظر ، لأنه لاحاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذى ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا فى حق الأولاد يكون النظر لها باقيا ، لأن حكم ولد أم الولد له حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، لأن المراد بالأولاد التى ذكرت بالتعليل المذكور هى الأولاد التى ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الأولاد فى قول المصنف تسلم لها الأكساب والأولاد بقوله : أى الأولاد التى اشترتها المكاتبة فى حال الكتابة لا الأولاد التى ولدت من مولاها انتهى. ولا شك فى الحاجة إلى التعليل الذى ذكره المصنف فى بيان سلامة أمثال تلك الأولاد، إذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا فى حق بأمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا فى حقهم إذ ذاك قطعا . وقال صاحب العناية فى هذا المقام : ولقائل أن يقول : الكتابة عقد احد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة ؟ والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين : أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء البدل ، والثانى أن يبطل بانتهائه بإيفائه . وبالأول يعود رقيقا فأولاده وأكسابه لمولاه ، وبالثانى يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقى من أكسابه ، وحيث احتجنا إلى إبطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له فى الثانى دون الأول صرنا إليه. أقول : لا السؤال شىء ولا الجواب . أما الأول فلأن كون الكتابة عقدا واحدا لاينافى تصور بطلانه وعدم بطلانه فى حالة واحدة إذا كانا من جهتين مختلفتين ،فإنهم شرطوا فى تحقق التناقض أمورا منها وحدة الجهة ، وهاهنا لم تتحقق تلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الأولاد والأكساب كما يفصح عنه قول المصنف ، لأن الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الأكساب والأولاد فلا محذور أصلا . وأما الثانى فلوجوه : أحدها أن انتهاء الكتابة بإيفاء البدل إنما هو تمامها وتقررها ، فجعل أحد طريقى بطلانها مما لايساعده العقل والنقل . وثانيها أن المكاتبة فى مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه إيفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة فى حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لانظير له فى قواعد الشرع . وثالثها أن قول المصنف لأن الكتابة انفسخت فى حق البدل وبقيت فى حق الأكساب والأولاد ينافى المعنى الذى عده الشارح المزبور تحقيق كلامه ، لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البدل يصير إتمام الكتابة فى حق البدل وفى حق الأكساب والأولاد على السواء كما هو الحال عند إيفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة فى حق البدل وبقائها فى حق الأكساب والأولاد وجه . ورابعها أن حمل بطلان عقد الكتابة هاهنا على المعنى الثانى الذى تخيله هذا الشارح لايدفع أصل السؤال ، لأن بطلان العقد على أى معنى كان وعدمه فى حالة واحدة متنافيان قطعا إذا كانا من جهة واحدة ، وإن صير إلى اختلاف الجهتين لايبقى احتياج إلى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلا . ثم قال صاحب العناية : لايقال فى كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ، ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لايعلل بعلتين مختلفتين ، لأن للكتابة جهتين : جهة هى للمكاتب ، وجهة هى عليه ، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمله فلعله سديد ، إلى هنا كلامه . أقول : هذا السؤال أيضا ليس بشىء وجوابه ليس بسديد . أما الأول فلأن المعلول الواحد بالشخص إنما لايعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع . وأما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ماتبين فى موضعه ، والأمر فيما نحن فيه وفى سائر المسائل التى يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك ، فإن المقصود فى أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر .

. . . .

ولا مال له غيرها فهى بالخيار بين أن تسعى فى ثلثى قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : تسعى فى أقل منهما . وقال محمد : تسعى فى الأقل من ثلثى قيمتها وثلثى بدل الكتابة ، فالخلاف فى الخيار والمقدار . فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ، ومع محمد فى نفى الخيار . أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير . وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير . وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ؛ ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبتها فلا يسقط منه شىء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا ،

وأما الثانى فلأن كون المعلل بالعلة الأولى الجهة التى هى على المكاتب ممنوع ، لأن تلك الجهة أن يلزمه إبقاء البدل وقوله لامتناع إبقائها من غير فائدة لايدل على ذلك . بل يدل على خلافه لأن عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها ؛ وإذا أسقط عنها البدل لايلزمها إيفاؤه قطعا فلم يكن ماذكره من توزيع التعليلين على مالها وما عليها سديدا كما لايخفى (قوله والإعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لأن فى التخيير فائدة وإن كان جنس المال متحدا لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا ، كذا فى عامة الشروح . وعزاه فى معراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام . أقول : فيه شىء وهو أن الفائدة المذكورة إنما تتصور فى صورة إن كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة. وأما فى العكس فلا ، إذ لاشك أن أداء الأقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الأكثر المعجل ، فلا فائدة فى التخيير فى هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحباه ، مع أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسئلة فى الكتب بأسرها (قوله وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية فى ثلثى قيمتها لا غير . وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه ، كذا فى العناية أخذا من شرح تاج

ولا مال له سواها تخيرت بين السعى فى ثلثى قيمتها مدبرة لاقنة وفى جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة إيضاح (قوله فتخير) لأن فى التخيير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل ، وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل) قد اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية فى ثلثى قيمتها لاغير . وأجيب بأنا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبقيها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه . وقوله (أنه قابل البدل بالكل) لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابله من البدل وإلا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل . وقوله (وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهى المسئلة التى تلى هذه المسئلة . وقوله (لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا) أى مكشوفا بينا لايخفى على أحد ، لأن إخراجها عن الملك بغير الإعتاق غير صحيح ، فإن أعتقها خرج عما نحن فيه ، وإن ماتت قبله فكذلك ، وإن مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول : فيه تأمل (قوله لأن إخراجها عن الملك) أقول : أى لا إلى مالك .

والظاهر أن الإنسان لايلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة ، كذا هاهنا ، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهى المسئلة التى تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده فى شيء فافترقا. قال (وإن دبّر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبّرة)لأن الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهى بالخيار إن شاءت سعت فى ثلثى مال الكتابة أو ثلثى قيمتها عند أبى حنيفة . وقالا : تسعى فى الأقل منهما ، فالخلاف فى هذا الفصل فى الخيار بناء على ما ذكرنا. أما المقدار فمتفق عليه، ووجهه ما بينا .قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه) لقيام ملكه فيه(وسقط بدل الكتابة) لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه ،

الشريعة . أقول :فى الجواب إشكال ،لأن القول بإبقاء الكتابة فيها بعد أن عتق كلها بالتدبير ينافى قول المصنف ، وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهى حرة ، إذ الظاهر أن الحرية والكتابة لايجتمعان فى شخص واحد فى حالة واحدة . فأنى يتصور إبقاء الكتابة فيها بعد أن صارت حرة عندهما . فإن قلت : المراد إبقاء حكم الكتابة لا إبقاء حقيقتها والمنافى للحرية هو الثانى دون الأول . قلت : لو أبقى حكم الكتابة لأبقى تأجيلها لأنه من خصائصها . ولهذا قال فى الكافى فى تقرير دليل الإمامين هنا . وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لأن الإعتاق لايتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأجل لأنه من خصائص الكتابة وبقى أصل المال عليه غير مؤجل الخ . ولو أبقى تأجيلها لزم أن لايتم قولهما فتختار الأقل لا محالة ، فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الأكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الأقل المعجل كما مر فى بيان دليل أبى حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الإشكال (قوله والظاهر أن الإنسان لايلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول : لمانع أن يمنع هذه المقدمة ، فإنه لايلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية ، والثابت فى المدبرة فى الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج إلى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها ؛ ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكاتب أم ولده بالإجماع مع استحقاقها حرية الكل

استحقت حرية كلها ، وإن لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا (والظاهر) البين (أن الإنسان لايلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثى رقبتها فلا يسقط منه شيء . ولقائل أن يقول : لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه فى مقابلة الثلثين لا الكل . والجواب أنه لايلزم على قول أبى يوسف لأنه لايقول بتجزؤ الإعتاق . وأما على قول أبى حنيفة فالجواب مامر أنا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر ، وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حرّ ويغرم كل البدل ، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله إذ لا استحقاق عنده) أى عند عقد الكتابة فيكون البدل فى مقابلة الكل ، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وإن دبّر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقتها جهتا حرية (ولها الخيار ، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبّرة ، لأن الكتابة ليست بلازمة فى جانب المملوك) لأن النفقة والجناية على المكاتب فى حال الكتابة ، وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعى فى ثلثى مال الكتابة وثلثى قيمتها عند أبى حنيفة وعندهما فى الأقل منهما ، فاختلفوا ها هنا فى الخيار بناء على ماذكرنا) من تجزؤ الإعتاق (وأما المقدار فمتفق عليه) ومحمد مرّ على أصله لايحتاج إلى فرق ، والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل هاهنا مقابل بالكل الخ . قال (وإذا أعتق المولى مكاتبه الخ) وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ماكان وسيلة إلى تحصل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة إليها .

(قال المصنف : والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال الخ)أقول : لايتمشى على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعتاق .

والكتابة وإن كانت لازمة فى جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقى الكتابة فى حقه . قال (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحسانا . وفى القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ، ولهذا لا يجوز مثله فى الحرّ

قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه ، فإذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حريته كلا للاحتياج إلى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر ، فلأن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حريته بعضا لتلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال : لا يتمشى على أصل أبى يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعتاق اهـ . أقول : ذاك ساقط لأنا لا نسلم أن المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده ، بل الظاهر أنهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان فى ثلثهما إذا لم يكن له مال غيرهما بالإجماع ، وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الإمامين وهو عدم تجزؤ الإعتاق لا ينافى استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا . ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا هو أنها استحقتها مجانا من غير أن يلزمها سعاية فى ذلك الثلث كما تلزمها فى الثلثين الآخرين ، وبقوله والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا ، بخلاف ما لا يستحق حريته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فإنه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته . ولا يخفى أن هذا المعنى يتمشى على أصل أبى حنيفة وأصل أبى يوسف أيضا تفكر تفهم (قوله وفى القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل ليس بمال والدين مال ، وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة ، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اهـ كلامه . وقال بعض الفضلاء : أشار بقوله ذلك فى قوله وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق

فإن قيل : الكتابة لازمة فى جانب المولى فلا تقبل الفسخ . أجاب بقوله (والكتابة وإن كانت لازمة فى جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) واللزوم كان لتعلق حقه ، فإذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو آجره برضاه (والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل) فإنه إذا رضى به ببدل فبلا بدل يكون أرضى ، وقوله (مع سلامة الأكساب له لأنا نبقى الكتابة فى حقه) إشارة إلى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا إلى سلامة الأكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها له جملة . ووجهه أن الأكساب سالمة له لأنا نبقى الكتابة فى حقه لتبقى الأكساب على مكه نظرا له ، وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق بإعتاقه (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا . والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال) بما هو مال (لأن الأجل ليس بمال والدين مال) وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة ، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال : هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين

(قوله لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول : أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز) أقول : أشار بقوله ذلك فى قوله وذلك فى عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق ، إلا أن يقال : ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج إلى قوله وإذا لم يجز ذلك ، فإنه إذا لم يجز أخذ المال عوض الأجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الأجل (قوله لأن الإسقاط إنما يتحقق فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا) أقول : لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة ، وكلام العاقل يجب صونه عن الإلغاء ، فالمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذى هو التأجيل ، والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة .

ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن الأجل فى حق المكاتب مال من وجه لأنه لايقدر على الأداء إلا به فأعطى له حكم المـال ، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لاتصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه

إلا أن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه . أقول : ليس ذلك منقوضا بالمهر والمـال المقابل بالطلاق ، لأن المراد بعقد المعاوضة فى قوله وذلك فى عقد المعاوضة لايجوز ما ذكر العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما ، لأن ذكر العوض بطريق الأصالة ، وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى فى صدر كتاب المكاتب حيث قالوا : أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المـال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة . وقالوا : خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض . وخرج بقولنا بطريق الأصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة اه . ثم قال صاحب العناية : لايقال هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اه . وقال ذلك البعض من الفضلاء : لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة اه . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن المستحق فى كل منهما هو المؤجل ، والمسقط أيضا هو المؤجل ، وليس هناك شرط شىء معجل فى المقابلة فلم يوجد التصرف فى غير المستحق أصلا ، بخلاف ما نحن فيه فإن الخمسمائة المعجلة التى وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن حمل الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر ، فإن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء . نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لأن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان فى المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر ، لأن تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا فى حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الإسقاط فيه كما لايخفى . وعن هذا قال تاج الشريعة فى شرح قول المصنف لأنه اعتياض عن الأجل ، لأن المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح إسقاطا للبعض واستيفاء للبعض ، فلو مجعل إنما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الأجل بخمسمائة أخرى ، والاعتياض عن الأجل لايجوز اه (قوله وجه الاستحسان أن الأجل فى حق المكاتب مال من وجه لأنه لايقدر على الأداء إلا به) قال بعض العلماء : فيه مناقشة ظاهرة ،

وقد مر فى كتاب الصلح ، وكذا لايجوز إذا كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة (وجه الاستحسان أن الأجل فى حق المكاتب مال من وجه لأنه لايقدر على أداء البدل إلا به فأعطى له حكم المـال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لاتصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه ، وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمة (ربا) وفيه بحث لأن المـال ما يتمول به وهو يحتمل الإحراز وذلك فى الأجل غير متصوّر ، ولأن قوله فأعطى له حكم المـال ليس بمستقيم لفظا ومعنى ، أما لفظا فلأنّ أعطى متعدّ إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام ، وأما معنى فلأنه قال الأجل فى حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المـال من كل وجه فات الاعتدال إذ الدين مال من وجه ، وإن أراد حكم المـال من وجه فهو تحصيل للحاصل . والجواب أن ما ذكرتم من أن المـال مايتمول به ويحرز صحيح إذا كان مالا من كل وجه ، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به هاهنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو فى ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم ، وضمن أعطى معنى اعتبر ، ومعناه اعتبر للأجل حكم المـال ، فإن الشىء يجوز أن يكون جهة فى شىء ولا يكون معتبرا ، فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب (قوله ولأن عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان . وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لمـا تقدم أن له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والأجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا ، وشبهة الربا إذا وقعت فى شبهة العقد كانت

(قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا) أقول : لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال (قوله وقد استعمله باللام) أقول : يجوز أن تكون زائدة كما فى ـ ردف لكم ـ (قوله لمـا تقدم أن له شبها) أقول : الأولى أن يقال : لأنه شرع مع المنافى كما علله غيره . (قوله فيكون من هذا الوجه يمينا) أقول : اليمين أيضا من العقود .

دون وجه والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة . بخلاف العقد بين الحرّين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة . قال (وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدى ثلثي الألفين حالا والباقى إلى أجله أو يردّ رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يؤدى ثلثي الألف حالا والباقى إلى أجله) لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز ، لأن له أن يطلقها بغير بدل . ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل ، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لايقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشترى أدّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع . وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى . قال (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أدّ ثلثي القيمة حالا أو تردّ رقيقا فى قولهم جميعا) لأن المحاباة هاهنا فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

إذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتأمل اه . أقول : هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا بنفي القدرة على الأداء إلا به نفي القدرة الممكنة وهى أدنى مايتمكن به من الأداء ، وأما إذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهى مايوجب

شبهة الشبهة ولا معتبر بها ، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة . قال (وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل) لأن المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا لضرر تأخير حقهم إلى مضيّ الأجل عن أنفسهم (فإن المكاتب يؤدى ثلثي الألفين حالا) وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقى) وهو ستمائة وستة وستون درهما وثلثا درهم (إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يؤدى ثلثي الألف حالا والباقى إلى أجله لأن له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرها كان أحسن فتأمل (ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الأبدال من جواز المرابحة على الألفين وجواز الحبس على المماطلة والأخذ بالشفعة فإنها تتعلق بجميع المسمى وهو الألفان . وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل ، فإن المبدل لما كان متقوّما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لأنه إسقاط معنى ، بخلاف بدل الخلع فإن حق الورثة لم يتعلق به لأنه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال ، وعلى هذا الأصل اختلافهم إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل ؛ فعندهما يخير المشترى بين أداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله ، وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فى الزيادة لما بينا من المعنى : يعنى الدليل من الطرفين (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدّى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا فى قولهم جميعا لأن المحاباة فى القدر) وهو إسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الألف الأخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أى يصح تصرفه فى ثلث قيمته فى الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه فى ثلثي القيمة لا فى حق الإسقاط ولا فى حق التأخير .

(قوله بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه) أقول : وتخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والأخذ بالشفعة) أقول : فيه شيء والأمر سهل .

(باب من يكاتب عن العبد)

قال (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فإن أدّى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهومكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحرّ لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهوحر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتبا ، لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ، ولو لم يقل على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهوحرّ فأدّى لايعتق قياسا لأنه لاشرط والعقد موقوف على إجازة العبد . وفى الاستحسان يعتق لأنه لاضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق بأداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى حق لزوم الألف على العبد . وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب (ولو أدّى الحرّ البدل

اليسر على الأداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الأداء فى حق المكاتب إنما يتصوّر بالأجل لأنه يخرج عن يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن إقراضه المال فى الحال فيعسر الأداء عليه جدا بدون الأجل وإن أمكن فى الجملة ، على أن المصنف وأضرابه لم يتشبثوا فى تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض ، بل قالوا : إن عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه ، وأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ، ومتى امتنع من الأداء فى الحال يردّ إلى الرق اهـ فلم يتم قول ذلك المناقش ، وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر . والله أعلم .

(باب من يكاتب عن العبد)

(باب من يكاتب عن العبد)

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها ، وقدم أحكام الأصيل لأن الأصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه . قال (وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم الخ) قال فى الجامع الصغير : وإذا كاتب الحرّ عن عبد بألف درهم فإن أدّى عنه عتق ، وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب . واختلف شارحوه فى تصويره فقال بعضهم : هو أن يقول الحرّ لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتبا : يعنى إن هذا العقد نافذ فى حق مال العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البدل لأنه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة ، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتبا ، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه ، فكذا إذا أجاز بعد العتق . وقال بعضهم : هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أنى إن أدّيت إليك ألفا فهو حرّ فأدى عتق استحسانا . وفى القياس لايعتق لأنه لاشرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر . وجه الاستحسان أنه لاضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق : أى فى توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد فى حق هذا الحكم ويتوقف فى لزوم الألف العبد . قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع ، فإن بيع الفضولى يتوقف على إجازة المجيز فيما له وفيما عليه ، وهاهنا لايتوقف فيما له . والجواب أن ماله هاهنا إسقاط وهو لايتوقف على القبول وما عليه إلزام وهو يتوقف عليه ، ولو أدّى الحر البدل لايرجع على العبد لأنه متبرع حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر فى أدائه ، وهل له أن يسترد ما أدّى

(باب من يكاتب عن العبد)

(قوله ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول : كان الأظهر أن يقول بالتبع ، وإنما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب

(قوله فإن بيع الفضولى يتوقف على إجازة المجيز فيما له) أقول : كثبوت الملك له .

لايرجع على العبد) لأنه متبرّع .قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب ، فإن أدّى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب ، وهذه كتابة جائزة استحسانا . وفى القياس : يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شىء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البدل لأن البدل عليه لكونه أصلا فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شىء لأنه تبع فيه.قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلأن البدل عليه . وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية ، وإن لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن إذا أدّى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه . قال (وأيهما أدّى لايرجع على صاحبه) لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه .

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل فى الكتابة ذكر فى هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها ، وقدم أحكام الأصيل لأن

إلى المولى ؟ فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه. قال (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) إذا قال العبد لمولاه كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا . وفى القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه ، كمن باع عبده وعبد غيره أو زوّج أمته وأمة غيره . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شىء. فإن قيل : ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه ؛ حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البدل شىء وتعتق الأولاد إذا أعتق المولى الأم ، بخلاف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد إليهما مقصودا ، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولايعتق العبد الغائب ، وإذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف. فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها للقياس . وأما فى الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة ، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله : أى فللمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصلا فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شىء لأنه تبع فيه وهذا يدلك على أن النظر فى مجرد التبعية لامعتبر بجهة الأصالة فى انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدّى عتقا) تكرار لأنه قال فى أول المسئلة : فإن أدّى الشاهد أو الغائب عتقا ، لكنه أعاده تمهيدا لقوله (ويجبر المولى على القبول ، أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب ف)القياس فيه أن لايجبر لأنه متبرّع إذ ليس عليه شىء من البدل . ووجه الاستحسان أن له فيه منفعة (لأنه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن إذا أدّى المرتهن) لفكاك عينه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه ؛ وأيهما أدى لايرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى دينا عليه) ومثله لايرجع (والغائب متبرّع به غير مضطر إليه) ومثله أيضا لايرجع . فإن قيل : الغائب هاهنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما

(قوله وأما فى الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية فى البعض من غير نظر فى أن يكون فيه جهة أصالة أولا تصحيحا للعقد) أقول : قوله تصحيحا ناظر إلى قوله فالنظر ، والضمير فى قوله فيه راجع إلى البعض (قوله ولاشتماله على المسامحة) أقول : عطف على قوله تصحيحا (قوله فى انعقاد العقد عليه) أقول : الضمير فى قوله عليه راجع إلى الغائب فى قوله ولا يكون على الغائب من البدل شىء.

قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشىء) لما بينا (فإن قبل العبد الغائب أولم يقبل فليس ذلك منه بشىء ، والكتابة لازمة للشاهد) لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله ، كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لايتغير حكمه ، حتى لو أدّى لايرجع عليه ، كذا هذا . قال (وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهوجائز ، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لأنها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الأولى وهى أولى بذلك من الأجنبى .

الأصل فى تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهى أولى بذلك من الأجنبى) يعنى أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الأجنبى ، فلأن يجوز فى حق ولدها أولى لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبى . كذا فى الشروح . قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك : وأقول لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هاهنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبى وأرى أنه الحق اهـ . وأنا أقول : أرى أن الحق خلافه ، وهو أن يكون ثبوت الجواز هاهنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الإمام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير . وما ذكره صاحب الكافى وبعض من شراح هذا الكتاب ، وذلك لأن من ذهب إلى أن ثبوت الجواز هاهنا على وجه القياس والاستحسان إن أراد بوجه القياس هاهنا كون الولد تابعا للأم فى الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبى فليس بتام ، لأن تبعية الولد للأم فى الكتابة مطلقا إنما تكون فى الولد الذى ولدته فى حال الكتابة والولد الذى اشترته فى حال الكتابة لا فى الولد الذى ولدته قبل الكتابة كما لايخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا . ولا شك أن وضع مسألتنا هذه فى كتابة الأمة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصورها هنا التبعية المطلقة . وأما التبعية الحاصلة بالضم إليها فى عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة فى المسئلة الأولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك . وقال هاهنا لأنها جعلت

أدّى فكيف قال غير مضطر إليه ؟ فالجواب أنه كهو فى حق جواز الأداء من غير دين عليه لافى الاضطرار ، فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شىء حاصل وهاهنا ليس كذلك ، بل إنما هو بعرضية أن تحصل له الحرية ، وهذا كما يقال عدم الربح لايسمى خسرانا . فإن قيل : حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤدّ فكان مضطرا . أجيب بأنه متوهم ، وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشىء لما بينا) أنه فيه تبع (فإن قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشىء والكتابة لازمة للشاهد)وإن ردّه الغائب لا أثر لرده وقبوله فى ذلك (لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذه بشىء من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لايتغير حكمه حتى لو أدّى لايرجع عليه ، كذا هذا ، وإذا قبلت الأمة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وإنما وضع المسئلة فى الأمة إشارة إلى أن الحكم فى العبد والأمة سواء ، فإنه لو وضعها فى العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يجوز ذلك فى الأمة لعدم ولايتها ، إذ الأم الحرة لاولاية لها فكيف بالأمة ؟ (وأيهم أدّى لم يرجع على صاحبه ، ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الأولى) وذلك أن الأم إذا أدّت فقد أدّت دينا على نفسها ، وكل من الولدين إن أدّى فهو متبرع غير مضطر ، وفى ذلك كله لارجوع . فإن قيل : إذا أدّى أحدهما ينبغى أن لايعتق الابن الآخر لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية . فالجواب أن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه ، ولو أدّت الأم عتقوا ، فكذا إذا أدّى أحدهما . قيل وهذه فائدة وضع المسئلة فى صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى (قوله وهى أولى بذلك من الأجنبى) يريد أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز

(قوله فإن قيل حق الحرية ، إلى قوله : أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول : الضمير فى قوله بأنه راجع إلى قوله حق الحرية ، والضمير فى قوله به راجع إلى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين إن أدى الخ) أقول : الظاهر أن يقال وكلا .

(باب كتابة العبد المشترك)

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة ، وقالا : هو مكاتب بينهما وما أدّى

نفسها أصلا فى الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا فى المسئلة الأولى اهـ مع أن ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق ، وإن أراد بوجه القياس هاهنا ثبوت ولاية المكاتبة على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح ، إذ قد صرحوا قاطبة بأن الأم الحرة لاولاية لها على أولادها فكيف بالأمة ، وقالوا : هذا هو السرّ فى وضع هذه المسئلة فى الأمة ، إذ لو وضعها فى العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يعلم تساوى العبد والأمة فى حكم هذه المسئلة .

(باب كتابة العبد المشترك)

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع فى كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا فى غاية البيان . وقال أكثر الشراح : ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد . أقول : الوجه الأول هو الراجح ، لأن الوجه الثانى لايتمشى فى المسئلة الأولى من هذا الباب على قول أبى حنيفة رحمه الله ، بخلاف الوجه الأول تأمل تقف (قوله وإذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح : وفى بعض النسخ بين شريكين وهى أولى اهـ . أقول : وجه الأولوية أن حكم هذه المسئلة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أوبين امرأتين ، ولفظ شريكين ينتظم الكل ، إما بجعل الشريك فعيلا بمعنى مفعول من شركه فى كذا فإن كلا من المتشاركين فى أمر شارك فيه ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكر والمؤنث ، أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الأسماء الجامدة كما قالوا فى لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية . ثم إن صاحب العناية لما أخذ بنسخة : بين شريكين حيث قال : قال : وإذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال : أى بين رجلين . أقول : هذا أمر عجيب إذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لاوجه

فى حق الأجنبى . فلأن يجوز فى حق ولدها لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبى أولى . وأقول : لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هاهنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبى وأرى أنه الحق ، والله أعلم .

(باب كتابة العبد المشترك)

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين . قال (وإذا كان العبد بين شريكين الخ) إذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكاتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذى قبض عند أبى حنيفة ، وقالا : هو مكاتب بينهما وما أدّى فهو بينهما . وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده . والإذن لايفيد الاشتراك فى الكتابة ، وإنما تكون فائدته انتفاء ما كان له

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين) أقول : الأظهر أن يقال : ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لأن الاشتراك خلاف الأصل ، ولأن المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر . وإنما قلنا : الأظهر ذلك لأن مقصود الباب بيان حال كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما فى المسئلة الأولى على مذهب أبى حنيفة أو اثنين (قوله وإذا كان العبد بين شريكين) أقول : أى بين رجلين (قوله والإذن لايفيد) أقول : أى على مذهبهما .

فهو بينهما) وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الإعتاق ، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ ، وفائدة الإذن أن لايكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن ، وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له . وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ ، فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز .

له هاهنا أصلا ، ولو فسر لفظ رجلين فى نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الإناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام إياه فكيف بالعكس (قوله وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ . وفائدة الإذن أن لايكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده ، والإذن لايفيد الاشتراك فى الكتابة ، وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اه كلامه . وقال بعض الفضلاء فى تفسير قوله والإذن لايفيد الاشتراك فى الكتابة : أى على مذهبهما اه . أقول : هذا خبط ظاهر لأن الإذن يفيد الاشتراك فى الكتابة على مذهبهما قطعا ؛ ألا يرى إلى قولهما فى تعليل مذهبهما فى هذه المسئلة إن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه . ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه . ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح

من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه . واعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ، ولو وجد شىء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ ، فمن أين للمكاتبة ذلك ؟ وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعانى المذكورة ، وإنما هى تشتمل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة ، وتصرف الإنسان فى خالص حقه إنما يسوغ إذا لم يتضرر به الغير ، ثم المحل وهى الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضى وانتفى المانع . وأما المعانى المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه ، والإعتاق والتعليق وإن كان فيهما ضرر لكن المحل لايقبل الفسخ . أما الإعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلأنه يمين (قوله وإذنه له بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض ، وذلك أنه إذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالأداء من الكسب إليه فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه ، أى على المكاتب ، فلهذا كان كل المقبوض له ، ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد : أى فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك ، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع . فإن قيل : المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع ، كمن تبرع بأداء الثمن عن المشترى ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فإن له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشترى . أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث أن مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لايستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فإن ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده . ولهما أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل فى النصف وكيل فى النصف ، وهو أى البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد

(قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة) أقول : قوله هو فى قوله وهو ولاية الفسخ راجع إلى قوله حكم ، وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر ، وقوله للشريك متعلق بقوله إلحاق ، وقوله بالكتابة متعلق بقوله إلحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول : يعنى إلحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول : يعنى عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول : فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الإعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلأنه يمين) أقول : فلم ينتف فيهما المانع (قوله وهو : أى البدل) أقول : أو العقد أو المكاتب ، ويؤيده قوله وقالا هو مكاتب بينهما .

قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهى أم ولد للأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة . وإذا ادعى الثانى ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه) لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا

دليلى الطرفين فى هذه المسئلة بالتمام قال : وكأن المصنف مال إلى قولهما حيث أخره اهـ . وقال بعض الفضلاء : فيه كلام ، لأنه يأبى عنه ترجيح قول أبى حنيفة فى كتاب العتاق اهـ . أقول : الذى مرّ فى كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور هاهنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبى حنيفة فى مسئلة الإعتاق ترجيحه فى مسئلة الكتابة ممنوع ، سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر كما نحن فيه . فمن أين يثبت الإباء . ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل فى كلتا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجيح قوله هناك لم يكن بالتصريح به ، بل إنما فهم من تأخير دليله فى البيان ، وقد عكس الأمر هاهنا ، ففهم منه ترجيح قولهما لا محالة : ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثانى على الرجوع عن الأول كما هو المخلص فى أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغى أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبى حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها . وأجيب بأن هذا على قولهما . وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد . قال صاحب العناية بعد ذكر ذاك السؤال : وهذا الجواب وليس بشىء . أقول : يعنى أن هذا الجواب ليس بشىء لأن ما ذكره المصنف فيما سيأتى بقوله وهذا الذى ذكرناه كله قول أبى حنيفة ينافى هذا الجواب قطعا . ثم قال صاحب العناية : وقيل عن أبى حنيفة فى تقوّم أم الولد روايتان ، فيكون الولد متقوما على إحداهما فكان حرا بالقيمة انتهى . وقال بعض الفضلاء :

العجز ، كما لو كاتباه فعجز وفى يده من الأكساب ، وكأن المصنف مال إلى قولهما حيث أخره . قال (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها الخ) وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه : أى صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه : أى صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهى أم ولد كلها للأول بطريق التبين ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاد فى المكاتبة يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله . لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه ، كما فى المدبرة المشتركة فإن الاستيلاد فيها يتجزأ بالاتفاق ، والجامع أن كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك ، ولا وجه لفسخ الكتابة لأن المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد ، فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة ، لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبة ، وإذا ادعى الثانى ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ، وإنما قيد بقوله ظاهرا لأن الظاهر أن تمضى على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا إلى الظاهر ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ، ويضمن نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى

(قوله وكأن المصنف مال إلى قولهما حيث أخره) أقول : فيه كلام ، لأنه يأبى عنه ترجيح قول أبى حنيفة فى كتاب العتاق (قوله أى صحت دعوته وثبت نسبه) أقول : فيه بحث (قوله أى صحت دعوته أيضا) أقول : فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبة) أقول : دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض فى وضع المسئلة .

وولد المغرور ثابت النسب منه حرّ بالقيمة على ماعرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز) لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها ، وإذا عجزت تردّ العقر إلى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذى ذكرنا (كله قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: هى أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر) لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن ، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لاتتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه ، بخلاف التدبير لأنه لايقبل الفسخ، وبخلاف بيع المكاتب لأن فى تجويزه إبطال الكتابة إذ المشترى

هذا مخالف لما أسلفه الشارح فى باب البيع الفاسد من أن الروايتين فى حق المدبر ، وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لايضمن بالبيع والغصب لأنه لاتقوم لماليتها انتهى. أقول: لاضير فى مخالفة ماذكر فى هذا الجواب الثانى لما أسلفه صاحب العناية فى باب البيع الفاسد ؛ فإنه وإن أسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقق الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله فى تقوّم أم الولد أيضا حيث قال: وإن ماتت أم الولد والمدبر فى يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى. والمجيب بهذا الجواب الثانى إنما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا فى باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبى حنيفة فى حق أم الولد . وأما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلاينافى ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال

للأول على الثانى نصف العقر وقيمة الولد ، ويكون الولد ابنه بالنظر إلى الظاهر والحقيقة ، أما بالنظر إلى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ماعرف ، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر لأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة . فإن قيل : فعلى هذا ينبغى أن لايضمن الثانى قيمة الولد للأول عند أبى حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذا لابنها . أجيب بأن هذا على قولهما ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشىء . وقيل عن أبى حنيفة فى تقوّم أم الولد روايتان ، فيكون الولد متقوّما على إحداهما فكان حرا بالقيمة . وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة : يعنى قبل العجز جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها ، وإذا عجزت تردّ العقر إلى المولى لظهور اختصاصه ، وهذا الذى ذكرنا كله قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هى أم ولد للأول وهى مكاتبة له ويعتق بأداء البدل إلى الأول . ولا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن ، لأن الاستيلاد طلب الولد وإنه يقع بالفعل والفعل لايتجزأ فكذا ما يثبت به ، ولهذا لايكمل فى القنة بالإجماع ، وقد أمكن هاهنا بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لاتتضرر به المكاتبة وهو أمومية الولد ، لأنه لاضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا : أى فيما وراء مالاتتضرر به وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبى حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة . ووجهه أنا قد قلنا إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا إمكان هاهنا لأن التدبير غير قابل للفسخ ، فإذا استولد الشريك الثانى بعد استيلاد الأول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هلا فسخت الكتابة فى ضمن صحة البيع فيما إذا بيع

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر إلى الظاهر) أقول : أى ماذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر إلى الظاهر والحقيقة (قوله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول : سبق فى هذه الكراسة أن الأوصاف القارة الشرعية فى الأمهات تسرى إلى الأولاد (قوله وقيل عن أبى حنيفة فى تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على إحداها) أقول: هذا مخالف لما أسلفه الشارح فى باب البيع الفاسد من أن الروايتين فى حق المدبر ، وأما فى حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبى حنيفة أنه لايضمن بالبيع والغصب لأنه لاتقوم لماليتها (قال المصنف : وبخلاف بيع المكاتب) أقول : هذا جواب عندى عن قياس أبى حنيفة تقل الكتابة المفروضة من

لا يرضى ببقائه مكاتبا . وإذا صارت كلها أم ولد له فالثانى وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرّا عليه بالقيمة) غير أنه لايجب الحدّ عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لأن الوطء لايعرى عن إحدى الغرامتين ، وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له ، قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لاتتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا فى حق التملك ضرورة فلا يظهر فى حق سقوط نصف البدل وفى إبقائه فى حقه نظر للمولى وإن كان لاتتضرر المكاتبة بسقوطه ، والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ، ولو عجزت وردّت فى الرق تردّ إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا .

هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ؟ ووجه الجواب أن فى تجويز البيع إبطال الكتابة ، إذ المشترى لايرضى ببقائه مكاتبا ، ولو أبطلناها تضرّر به المكاتب . وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لايصح . هذا ماعليه جمهور الشراح فى حمل مراد المصنف بكلامه هذا عليه . وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة فى الكافى بفإن قيل . قلنا : ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال : ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وراء مالايتضرر به فإن المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى . أقول : لايخفى على من له ذوق صحيح مافيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر . وقال بعض الفضلاء : قول المصنف هذا جواب عندى عن قياس أبى حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثانى إلى ملك الأول على بيعها . ووجهه أن فى النقل لاتنفسخ

المكاتب كما فسختموها فى ضمن صحة الاستيلاد . ووجهه أن فى تجويز البيع إبطال الكتابة إذ المشترى لايرضى ببقائه مكاتبا، ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لايصح، ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه . فإن البيع وراء مالا يتضرر به، وإن كان المكاتب يتضرربه فتبقى الكتابة كما كانت (قوله وإذا صارت كلها أم ولد له) متصل بقوله صارت كلها أم ولد له. وتقريره أنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له ، وإذا صارت كلها أم ولد له فالثانى وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير أنه لايجب عليه الحدّ للشبهة وهى شبهة أنها مكاتبة بينهما بدليل ماذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتبة بينهما فيما تتضرر به للإجماع على ماذكرناه ، ولا حدّ على وطء مكاتبته . ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لايعرى عن إحدى الغرامتين . وقوله (وإذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه . وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه ، وإذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له : أى للأول . قيل هو جزاء إذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة قد انفسخت فيما لاتتضرر به المكاتبة ، ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثانى وهو قول أبى منصور . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا فى حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد، والثابت بالضرورة لايتعدى فلا يظهر فى حق سقوط نصف البدل . وقوله (وفى إبقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لاتتضرر به المكاتبة . وهى لاتتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ . ووجهه أن فى إبقاء عقد الكتابة فى حق نصف البدل نظرا للمولى وإن كانت لاتتضرر المكاتبة بسقوطه ، فرجحنا جانب المولى لأن الأصل فى الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ، ولو عجزت وردّت فى الرقّ تردّ إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) فى تعليل قول أبى حنيفة .

ملك الثانى إلى ملك الأول على بيعها ، ووجهه أن فى النقل لاتنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع (قوله أنها تبقى مكاتبة بينهما) أقول : مخالف لقوله وهى مكاتبة له (قوله قيل هو جزاء إذا بقيت) أقول :قوله هو راجع إلى قوله قيل (قوله على ما بينا) أقول : بمعنى فى شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله فى تعليل قول أبى حنيفة) أقول : فيه بحث ، والأولى أن يقال فى تعليل القولين .

قال (ويضمن الأول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) لأنه تملك نصيب شريكه وهى مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك (وفى قول محمد : يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة) لأن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفى نصف البدل على اعتبار الأداء فالتردد بينهما يجب أقلهما . قال (وإذا كان الثانى لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك . أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال (وهى أم ولد للأول)

الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع ، إلى هنا كلامه . أقول : أنت خبير بأن القياس الذى ذكره لم يقع من أبى حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذاك (قوله ويضمن الأول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف نصف قيمتها مكاتبة . إلى قوله : فالتردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبى يوسف موسرا كان أومعسرا ، لأنه ضمان التملك وهو لايختلف باليسار والإعسار . وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة ، لأن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار الأداء ، فالتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن . قال صدر الإسلام : ولأنه لو بقى من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل ، هذا قولهما فى المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه ، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه ، فعلى قياس قول أبى يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأول الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل ، والوجه قد ذكرناه ، إلى هنا كلام صاحب العناية . أقول : هذا شرح فاسد وتحرير مختل . أما أولا فلأن قوله إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبى يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش ، إذ قد صرح فى عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتى بعد نصف صفحة بأن قول أبى يوسف فى تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا

قال (ويضمن الأول لشريكه فى قياس قول أبى يوسف الخ) إذ كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبى يوسف موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك وهو لايختلف باليسار والإعسار . وعندنا يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف مابقى من بدل الكتابة لأن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفى نصف البدل على اعتبار الأداء ، فالتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن . قال صدر الإسلام : ولأنه لو بقى من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبنا الأقل ، هذا قولهما فى المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه ، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه ، فعلى قياس قول أبى يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل والوجه قد ذكرناه (وإذا كان الثانى لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك ، أما عندهما فظاهر ، لأن المستولد تملكها قبل العجز ، وأما عنده فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه) أى التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فإنه يثبت من الثانى إن وجد الوطء منه (لأنه يعتمد الغرور) لا الملك (وهى أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا) يعنى فى تعليل قول أبى حنيفة وهو قوله

لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الأول) لأنه صحت دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعا . ووجهه ما بينا . قال (وإن كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة ، وقالا : لايرجع عليها) لأنها لما عجزت وردت فى الرق تصير كأنها لم تزل قنة ،

ويستسعى العبد إن كان معسرا بناء على أنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار . ومن العجائب قول صاحب العناية فىالاستدلال على قول أبي يوسف فى تلك المسئلة لأنه ضمان التملك وهو لايختلف باليسار والإعسار ، إذ لايشتبه على أحد أن ضمان الإعتاق ضمان إفساد التملك لا ضمان التملك ، أو لم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لأنه ضمان تملك فأما إذا أعتقها أحدهما أوّلا كان هذا ضمان إفساد الملك . وأما ثانيا فلأن قوله هذا قولهما فى المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان فى حق المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الإسلام فيما قبل صريح فى أنه فى حق المكاتبة المشتركة إذا تملكها أحدهما بالاستيلاد . وأما ثالثا فلأنه صرف القياس فى كلام المصنف هذا إلى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال : وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه . فعلى قياس قولى أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة ، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقى من البدل انتهى . مع أن كلام المصنف فى المقيس عليه وهو مسئلة الإعتاق على ما سيأتى صريح فى أن محمدا مع أبي يوسف هناك فى أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا إذا كان موسرا دون الأقل منها ومن نصف مابقى من البدل ، فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله ، نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان فى مسئلة إعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما إحداهما ما ذكره المصنف فيما سيأتى ، والأخرى ما يوافقه قياس ما ذكره فى مسئلة الاستيلاد ، ويدل عليه ماذكر فى بعض الكتب المعتبرة كالكافى والبدائع ، فإن المذكور فيهما فى مسئلة الإعتاق على قول محمد هو الرواية الأخرى وهى ضمان الأقل من نصف القيمة ومن نصف مابقى من بدل الكتابة ، لكن كلامنا فى عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذى أقحمه فى لفظ الجامع الصغير هاهنا إلى قولهما معا . ثم أقول : الوجه عندى أن يكون مراد المصنف هاهنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس قوله فى مسئلة الإعتاق . وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله فى تلك المسئلة : يرشدك إلى هذا المعنى قطعا أسلوب تحرير المصنف حيث قال فى قياس قول أبي يوسف : وفى قول محمد بزيادة لفظ قياس فى الأول وحذفه فى الثانى تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وهاهنا ما بقيت لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ، كذا فى العناية وغيرها . قال بعض الفضلاء فيه : إنه

وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة ، والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك فى المكاتبة (وهذا قولهم جميعا) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وهاهنا مابقيت ، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ، وقد ذكرنا أيضا من قوله (ووجهه مابينا) أى فى تعليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفا من قوله وتبين أن الجارية الخ ، وأما طرفهما فهو قوله لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له الخ (وإن كان كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة ، وقالا : لايرجع عليها لأنها لما عجزت وردت فى الرق صارت كأنها لم تزل قنة .

(قوله وهذا قولهم جميعا لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول : فيه أنه ينبغى أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل (قوله لأن الاختلاف) أقول : يعنى بين أبي حنيفة وصاحبيه .

والجواب فيه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه فى الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لايتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا ، ويستسعى العبد إن كان معسرا لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار. قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر . فإن شاء الذى دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله) ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه . فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ، وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لأن الإعتاق صادف المدبر . ثم قيل : قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته

ينبغى أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة و نصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى. أقول : يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالأقل من نصف القيمة و نصف بدل الكتابة فيما إذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبا ر الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما ، وهذا الوجه غير متمش فيما إذا لم تبق الكتابة لأن كون حق شريكه

والجواب فيه) أى فى إعتاق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف فى الرجوع) فإن عند أبى حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد ، وعندهما لايرجع عليه (وفى الخيارات) عند أبى حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث : إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه . وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار (وغيرها) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء ، فإن عند أبى حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق ، وعندهما للمعتق فى الوجهين جميعا . وأما ترديد الاستسعاء فإنهما لايريان الاستسعاء مع اليسار ، ويقولان : إن كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت ، وإن كان معسرا سعى العبد لنصيب الساكت ، وأبو حنيفة رضى الله عنه يراه (كما هو مسئلة تجزؤ الإعتاق كما تقرر فى العتاق) هذا إذا عجز (فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة) خلافا لهما وهو واضح ، ومبناه أيضا على تجزؤ الإعتاق ، وذلك (لأن الإعتاق لما تجزأ عنده لم يظهر إفساده نصيب الساكت ما لم يعجز فإن أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل ، وإنما يظهر ذلك إذا عجزت كما يوجب ذلك فى القنة فيوجب الضمان (وعندهما لما لم يتجزأ أعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا ويستسعى العبد إن كان معسرا ، لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار) قال (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد وإعتاقه ، وإن كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو أن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق ، وهذا عند أبى حنيفة . ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد

(قوله وغيرها الخ) أقول : معطوف على قوله وفى الخيارات ، وقوله وفى الخيارات معطوف على قوله فى الرجوع (قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول : فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق (قال المصنف : وإذا كان العبد بين رجلين) أقول : ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك .

زهو فن" لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه ، والفائت البيع فيسقط الثلث . وإذا ضمنه لايتملكه بالضمان لأنه لايقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، كما إذا غصب مدبرا فأبق ، وإن أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد : إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لأنه لايتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان أومعسرا) لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ، ويضمن نصف قيمته قنا لأنه صادفه التدبير وهو قن" (وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لأن الإعتاق لايتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده (ويضمن نصف قيمته إن كان موسرا) ويسعى العبد فى ذلك إن كان معسرا لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما ، والله أعلم .

فى نصف البدل على اعتبار الأداء إنما يتصور عند بقاء الكتابة ،وأما بعد زوالها فيصير ما أدته إلى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال فى كل مكاتب عجز عن أداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه فى نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى .

باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الإعتاق والاستسعاء ، فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ، ويقتصر الإعتاق على نصيبه لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد" باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والإعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه . فإن ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لأن الإعتاق صادف المدبر . واختلفوا فى قيمته. فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين . وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لأن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وما أشبهه فى كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والإرث والوصية والاستخدام وأمثاله فى كونه انتفاعا بالمنافع كالإجارة والعارية والوطء . والإعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال ، والفائت من ذلك النوع الأول فيسقط الثلث ، وإذا ضمنه لايتملك شيئا بالضمان لأنه لايقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا وأبق فإنه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة بين المالك والمملوك لاضمان تملك ، وإن أعتقه أولا : يعنى المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عنده خيار التضمين والإعتاق والسعاية : لأن المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين ، لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو أن نصيبه كان قنا عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوّت ذلك بالتدبير . بخلاف الأول فهناك كان نصيبه مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه . والحاصل أن الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان المحل وقت الإعتاق قابلا للتمليك ، كما إذا أعتق أولا أو غصب القن فمات أو أبق ، وأما إذا لم يكن المحل قابلا له وقت الإعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لابالتمليك ، فإذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه ، فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه، وبقى له خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى . وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل، لأنه لايتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنا لأن تدبيره صادفه وهو قن ، وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لايتجزأ عندهما فيعتق كله : وكلامه فيه ظاهر .

وإنما ذكرها استطرادا (قوله فإذا دبره ، إلى قوله : وهو أن نصيبه كان قنا) أقول : الضمير فى قوله نصيبه والضمير المستتر فى قوله دبر راجعان إلى قوله للآخر فى قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم فى حاله ، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظرا للجانبين ، والثلاث هى المدة التى ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علىّ رضى الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان ردّ فى الرق علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيسارا ، وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان .

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة ، فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هى المدة التى ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية : والمديون بالجر عطف على كإمهال . أقول : هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا ، إذ لاشك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكإمهال المديون لأجل

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة . قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمى به الوقت المضروب ثم سمى به ما يؤدى فيه من الوظيفة ، وإن عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم فى حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هى المدة التى ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع) فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لى بينة حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لايزاد عليه ، وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير ، والأصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال فى الكرة الثالثة : ـ هذا فراق بينى وبينك ـ وكذلك قدّر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كإمهال : يعنى إذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلنى يوما أو ثلاثة أيام فإنه يمهل ولايزاد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لايعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علىّ رضى الله عنه : إذا توالى على المكاتب نجمان ردّ فى الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه . ولقائل أن يقول : هذا استدلال بمفهوم الشرط ، وهو ليس بناهض لأنه يفيد الوجود فقط . والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين ، والمعلق بشرطين لاينزل عند أحدهما ، كما لو قال : إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق (ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا إرفاق فى الطلب عنده (فلابد من إمهال مدة إرفاقا ، وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فإن مضى النجم الثانى ولم يؤدّ المال

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

(قوله والمديون بالجر عطف على قوله كإمهال) أقول : فيه مسامحة لظهور أنه معطوف على الخصم (قوله يعنى إذا ثبت) أقول : يعنى بإقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لايعجزه الخ) أقول : سواء كان له وجه أم لا على مايفهم من دليله .

ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين ، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه ، بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لابد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيرا ، والآثارمتعارضة ، فإن المروى عن ابن عمررضى الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها . قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ بالتراضى من غيرعذر فبالعذرأولى (ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ) لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض .

القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهوالعجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجزعن أداء نجمين) أقول : فيه شيء، وهو أن دليلهما هذا لايتمشى فى صورة إن عجز عن أداء آخرالنجوم التى توافقا عليه بعد أن أدى سائر النجوم بأسرها ، إذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند إمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدى نجما واحدا فى ضعف مدته ، ولا ريب أنه أيسر له كما قال أبو يوسف رحمه الله. وقال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإنه إذاكان له دين يقبضه أومال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية انتهى . أقول : إن قوله هذه الشرطية ليس بسديد، إذ الظاهر أن من فى قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة ، وأن قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبرأن فى قوله لأن فلا شرط ولا جزاء فى الكلام حتى تكون الجملة شرطية(قوله والآثار متعارضة ، فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عنأداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها)هذا جواب عن استدلال أبىيوسف بأثر على

تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التى اتفق عليها العاقدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لأن من عجز عن أداء نجم واحدكان عن أداء نجمين أعجز ، وهذا) أى كونالعجز سببا للفسخ(لأن مقصود المولى الوصول إلى المالعند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير فى يفسخ يجوز أن يكون للمولى : أى فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضيا ، وأن يكون للقاضى : أىفيفسخ القاضى إذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين ، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضى فيه روايتان(بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لابد منها لإمكانالأداء فلم يكن تأخيرا قوله . والآثارمتعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه . وبيان ذلك أنه روى عنابن عمر أن مكاتبة له عجزت عن نجمفردها فسقط الاحتجاج بها، لأن الآثارإذا تعارضتوجهل التاريخ تساقطتويصار إلى ما بعدها من الحجة ، فيبقى ما قالاه من الدليل بأنسبب الفسخ قد تحققالخ سالما عنالمعارض، لأن دليل أبىيوسفحكاية لاتعارض المعقول فيثبت الفسخ به . قال(فإن أخل بنجم عند غيرالسلطان) المراد بالإخلال هاهنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة فى الوقت الذى اتفقا على تعيينه فى أدائها : فإذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غيرالسلطان : أى القاضى (فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا ، لأن الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى ، وإن لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ لأنهعقد لازم) من جانب المولى لايقدر على الإبطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط ، وكل ماكان كذلك (ففسخه يحتاج إلى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم أن فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ، ووجهها أن هذا عيب تمكن فى أحد العوضين قبل تمام العقد ، لأن تمام الكتابة بالأداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه ، فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشترى معيبا قبل القبض ، وهناك ينفرد

(قال المصنف : لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجزعن أداء نجمين) أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية (قوله لأن دليل أبى يوسف) أقول : يعنى دليله المعقول (قوله وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول : ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الأداء .

قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان فى يده من الأكساب فهو لمولاه) لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا لأنه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف. قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما ، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله . وقال الشافعى رحمه الله : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه ، وإمامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه ، ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل ، وهذا لأنه لايخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت

رضى الله عنه بأن الأثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما على ما ذكر فى الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها : أى بالآثار للتعارض ، لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار إلى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به ، كذا فى عامة الشروح . أقول : هنا إشكال ، لأن ما قالاه من الدليل المعقول راجع إلى القياس على مقتضى ما صرحوا به فى كتب الأصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية فى الأربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع إلى القياس، وقد صرح به صاحب غاية البيان هاهنا أيضا حيث قال : إن الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار إلى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى . وقد تقرر فى الأصول أيضا أن القياس لايجرى فى المقادير ، وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا : وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروى عن النبى عليه الصلاة والسلام ، لأن ما يقوله الصحابى من المقادير يحمل على السماع لأنه لايدركه القياس انتهى . فإذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس فى المقادير كما تقرر فى الأصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذى مرجعه إلى القياس حجة لهما فى إثبات ماذهبا إليه فى جواب هذه المسئلة فليتأمل (قوله وقال الشافعى : تبطل الكتابة ويموت عبدا ، وما تركه لمولاه وإمامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه ، ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : وقال الشافعى : تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه ، وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ، واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى . وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لايطابق المشروح لدلالته ، على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف : ولأن المقصود بالواو العاطفة انتهى . أقول : بل هو مطابق للمشروح فإن الواو فى قوله واستدل

المشترى بالفسخ بلا قضاء فكذلك هاهنا . قال (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة ، وما كان فى يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وإنما قال : ظهر لأن كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون فى حال الكتابة وهو قول علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله . وقال الشافعى رحمه الله : تبطل الكتابة ويموت عبدا ، وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه) واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك ، وذلك لأن العتق إن ثبت فإما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا إلى حال حياته ، لا سبيل إلى الأول لأن الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل ، ولا إلا الثانى لأنه مشروط بالأداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ، ولا إلى الثالث لأن الشىء يثبت فى الحال ثم يستند وهذا الشىء لم يثبت بعد

(قوله و استدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول : لايطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف : ولأن المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة ، لأن العقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشىء لم يثبت بعد) أقول : بل هو متعذر الثبوت فى الحال على ما علمته .

قبله أو بعده مستندا . لاوجه إلى الأول لعدم المحلية ، ولا إلى الثانى لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت فى الحال والشىء يثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر . والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه . والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية

للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول أيضا ، كما أن قول المصنف ولأن المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وإمامه فى ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه ، كأنه قال لأثر زيد بن ثابت ولأن المقصود بالكتابة الخ ، والعطف بحسب المعنى شائع فى كلام الثقات ، وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين فى مواضع شتى من كتب البلاغة ، فتطابق الشرح والمشروح فى حاصل المعنى كما ترى ، ثم إن ذلك البعض قال : والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لأن العقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل لأنه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة فى المشروح وعدم تحققه فى الشرح على زعمه ، ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فإنه قال : لأن العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا إياه ؟ وأيضا إن الفاء فى قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له فى المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر فى عبارة المشروح (قوله بل أولى لأن حقه آكد من حق المولى) قال صاحب العناية : قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد . لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد . ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا إنما هو الحاجة ، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع الخ . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن قول المصنف هذا إنما هو لمجرد المبالغة فى تحقق الجامع المذكور فى جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ، ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد ، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ، لأن الجواب عنه إنما يتصور بمنع

(ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذا بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه . وبيان أن هذا النص فى الحال معلول ، وبيان مايميز هذا الوصف عن غيره ، وبيان صلاحه بملاءمته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف ، وعدالته بظهور أثره فى جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس ، فإن تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده ، وادعاء الإضافة إلى المختص فى هذا الموضع وأمثاله ، فإن يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فإياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهالة الذى ظهر عند ذوى التحصيل عثره ، وألحق بالأخسرين أعمالا الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد ، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد . ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هاهنا إنما هو الحاجة ، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع . أما المقتضى ف(لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه ، و) أما المانع فلأن (الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية)

(قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد) أقول : هذا لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح فى عدم كون المكاتب معقودا عليه ، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزلى (قوله والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول : إلى فى قوله إلى ذلك متعلق بقوله أدعى ، وأشار بقوله ذلك إلى البقاء والمعنى والحاجة إلى البقاء أدعى الخ :

فينزل حياً تقديرا ، أوتستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ماقبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه ، وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه فى الخلافيات . قال (وإن لم يترك وفاء

كون المكاتب نفسه معقودا عليه ، وبيان المعقود عليه إنما هوسلامة مالكية البدل كما صرحوا به و المصنف لم يتعرض فى كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان أن المعقود عليه ماذا ، فلا مجال لأن يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال ، لأن بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لايحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى إلى إبقائه بعد أن هلك المعقود عليه ، فلا تفيد المقدمات المذكورة هاهنا شيئا فى دفع ذلك السؤال أصلا ، ثم إن بعض الفضلاء قدح فيما جوّزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال : لايخلو عن بعد بعد قوله لايبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح فى عدم كون المكاتب معقودا عليه ، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزلى انتهى . أقول : ليس هذا بتام لأن كون قوله لايبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا فى عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ، ألايرى إلى قوله فى تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا فى ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لايستدعى عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا ، والسؤال المذكور إنما يتوجه من قبل الخصم . فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج إلى التنزل ، بل لامعنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه) هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا : أحدهما أنه يعتق بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا فى حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفى حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا فى الثلث ، وكما قدرنا المولى حيا ومالكا ومعتقا فى فصل موت المولى . وثانيهما أنه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه . هذا زبدة ما فى شروح هذا الكتاب وغيرها فى هذا المقام . ثم أقول : من العجائب هاهنا أن صاحب الإصلاح والإيضاح بدل كلمة أو فى أو

فإن المملوكية ضعف والموت لاينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفى المالكية ضرب قوة والموت ينافيها (فينزل حيا تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا فى حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفى حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا فى الثلث (أوتستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت) فإن قيل : يلزم تقدم المشروط على الشرط . أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء بل يقدر الأداء قبل العتق ، ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد . قال (وإن لم يترك وفاء

(قال المصنف : أوتستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت) أقول : فإن قيل : من أين يخرج الجواب عن قول الشافعى الشىء يثبت ثم يستند ؟ قلنا : الأداء ثابت فى الحال ، فإن أداء خلفه كأدائه فيستند إلى ماقبل الموت ، وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد لهذا جواب باختيار الشق الثانى من الترديد ، وإضافة السبب إلى الأداء بيانية . أوتقول : المراد من استناد سبب الأداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه ، إذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب ، فإن التعليقات ليست أسبابا عندنا فى الحال بل عند وجود الشرط ، فإذن أسند الأداء إلى ماقبل الموت فتأمل مراجعا إلى شرح الإتقانى . ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم فى الزمان المتأخر ويرجع القهقرى حتى يحكم بثبوته فى الزمان المتقدم ، كذا فى التوضيح فى فصل المأمور به لوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ماقبل الموت) أقول : ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر . والحق أن تجعل إضافة السبب إلى الأداء بيانية . وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعا لما يقال إنه لم يوجد من المكاتب الأداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول : ولعله إنما لم يتعرض له لأن سلامة مالكية اليد فاتت بفوته ، إذ لامالكية للميت فلا فائدة فى التعرض ، أو يجعله باقيا حكما مشتركا كما لايخفى . والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل فى النهاية .

وترك ولدا مولودا فى الكتابة سعى فى كتابة أبيه على نجومه فإذا أدّى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لأن الولد داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الأداء وصار كما إذا ترك وفاء (وإن ترك ولدا مشترى فى الكتابة قيل له إما أن تؤدّى الكتابة حالة أو تردّ رقيقا)وهذا عند أبى حنيفة . وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتبارا بالولد المولود فى الكتابة، والجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف سائر أكسابه . ولأبى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطا فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود فى الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه وحيث دخل فى حكمه سعى فى نجومه (فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لأنه لما حكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه فى ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه فى الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حرّ (وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيرا جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته فى تلك الحالة على مامر .

تستند الحرية بكلمة الواو فقال فى شرحه فى أثناء تقرير تعليل أئمتنا فى هذه المسئلة ، فينزل حيا تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت . وقال فى حاشيته على قوله وتستند الحرية : هذا من تمام التعليل ، فمن قال أو تستند فقط أخطأ انتهى . وفسر القائل فى حاشية صغرى بصاحب الهداية ، ولا يخفى على الناظر فى شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ ، فإن المقصود من كلمة أو هو الإشارة إلى المسلكين المختلفين المستقلين فى إثبات قول أئمتنا فى مسئلتنا هذه ، فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ، ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معاوضة فخطأه بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ، ولاريب أنه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا ، وأنه لا محذور فى إتمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه إليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء : فيه بحث انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة إليه لما دخل فى كتابة أبيه ، وقد مر فى أول فصل من باب مايجوز للمكاتب أن يفعله أنه إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل فى كتابته . وأيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالا ، لكنه ساقط بوجهيه . أما سقوط وجهه الأول فلأن دخول الولد المشترى فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين المكاتب ومولاه إليه ، بل بجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه إياه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان كما أن الحرّ إذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء . وأما سقوط وجهه الثانى فلأن عتق الولد المشترى عنده بأداء بدل الكتابة حالا ليس

وترك ولدا مولودا فى الكتابة الخ) الولد المولود فى الكتابة يسعى فى كتابة أبيه على نجومه إن كان مفلسا بالاتفاق لدخوله فى كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه فى الأداء كما لو ترك وفاء . وأما الولد المشترى فكالمولود فى الكتابة عندهما . وقال أبوحنيفة رحمه الله : قيل له إما أن تؤدى الكتابة حالة أو تردّ رقيقا . هما اعتبراه بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعتاقه كالمولود فيها ، بخلاف الأكساب فإن المولى لاتصرف له فى أكسابه ولهذا لايقدر على إعتاق عبد المكاتب . وأبو حنيفة رحمه الله فرّق بين الفصلين على ما ذكره فى الكتاب ، فإن اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما اشتراه دخل فى كتابته ، فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ، ولما حكم بحريته فى ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضا فى ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه فى الكتابة فيكون ذلك توريث حرّ عن حرّ ، وكذلك إن كوتب الأب والابن كتابة واحدة ومات الأب وترك وفاء ورثه ابنه لأن الولد إما أن يكون صغيرا أوكبيرا ، فإن كان صغيرا فهو تبع لأبيه ،

(قال المصنف : ولا يسرى حكمه إليه) أقول : فيه بحث .

قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب . والقضاء بما يقرر حكمه لايكون تعجيزا (وإن اختصم موالى الأم وموالى الأب فى ولائه فقضى به لموالى الأم فهو قضاء بالعجز) لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصودا ، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقرّ

لأجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب إذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء . وقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال : وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ، ولكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ) قال صاحب العناية : ذكر هذه المسئلة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى . أقول : هذا كلام لاحاصل له ، لأن الفرق متحقق بين كل مسئلتين ، وإلا لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة ، فكل مسئلتين إذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما ، فما وجه تخصيص علية بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين ؟ فإن قيل : الفرق بين هاتين المسئلتين خفىّ فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليته بذكرهما . قلنا : خفاء الفرق أيضا متحقق فى كثير من المسئلتين كما لايخفى . فلم يتم وجه التخصيص . وأيضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما للذكر منفردة عن الأخرى ، ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان ، على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسئلتين ظاهر غنىّ عن البيان ، وإنما المحتاج إلى البيان هو الفرق بين عليتهما ، وبيان الفرق بين عليتهما إنما وقع فى الهداية ، وهاتان المسئلتان أنفسهما مذكورتان فى البداية أيضا بدون بيان العلة ، فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما فى أنفسهما ، ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما فى سائر المسائل (قوله لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب ، والقضاء بما يقرّر حكمه لايكون تعجيزا) قال صاحب

وإن كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما . فالحكم بحرية الأب حكم بحريته فى تلك الحالة : يعنى آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت . قال (وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ) ذكر هذه المسئلة والتى بعدها لبيان الفرق بينهما . وصورتها : مكاتب مات وله ولد حرّ من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء بمكاتبته ، فالكتابة باقية وولاء الولد لموالى الأم . أما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر ، لأن الدين باعتبار مآله مال ، ولكن لايحكم بعتقه حتى يؤدى البدل ، وإنما قيد بالدين لأنه لو ترك عينا لم يتأتّ القضاء بالإلحاق بالأم لإمكان الوفاء فى الحال . وأما أن الولاء لموالى الأم فلأنه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء فى جانب أبيه ، فإن جنى هذا الولد جناية وقضى به : أى بموجب الجناية على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة ، لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة ، وكل ما يقرّر شيئا لايبطله . أما أنه يقرّر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجرّ ولاء ابنه إلى مواليه ، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه ، كما إذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرّر ثبوت ملزومه . وأما أن كل ما يقرّر شيئا لايبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض (قوله وإن اختصم موالى الأم الخ) هو المسئلة الثانية ، وصورتها : مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالى الأب وموالى الأم فقال موالى الأم مات رقيقا والولاء لنا ، وقال موالى الأب مات حرا والولاء لنا ، فقضى بولائه لموالى الأم فهو قضاء بالعجز

(قوله ذكر هذه المسئلة والتى بعدها) أقول : وهى قوله وإن اختصم موالى الأم (قوله لأنه لو ترك عينا لم يتأتّ القضاء) أقول : أى على مذهبنا (قوله مات رقيقا ، إلى قوله : مات حرا والولاء لنا فقضى بولائه) أقول : الضمير المستتر فى مات رقيقا والمستتر فى مات حرا راجعان إلى الأب ، والضمير فى قوله بولائه راجع إلى الولد (قال المصنف : لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصودا الخ) أقول : لايخفى

الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب ، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا . قال (وما أدّى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهوطيب للمولى لتبدل الملك) فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق ، وإليه وقعت الإشارة النبوية فى حديث بريرة رضى الله عنها « هى لها صدقة ولنا هدية » وهذا بخلاف ما إذا أباح للغنى والهاشمى . لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح ، ونظيره المشترى شراء فاسدا إذا أباح لغيره لايطيب له ولو ملكه يطيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده . وكذا عند أبى يوسف . وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

العناية فى حل هذا المحل : لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة . وكل ما يقرّر شيئا لايبطله . أما أنه يقرّر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولاء ابنه إلى مواليه ، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه ، كما إذا أكذب المكاتب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها ، وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه . وأما أن كل ما يقرر شيئا لايبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه . أقول : فى تقريره نوع إشكال على طريقة أهل المعقول فإن قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع ، إذ لايلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من الملزوم ، ولا شك أن تحقق العام لايستلزم تحقق الخاص ، والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لأن إيجاب العقل على موالى الأم يتحقق فى صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق فى صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب . ثم أقول : يمكن دفعه بأن اللازم هاهنا ليس مطلق إيجاب العقل على موالى الأم ، بل إيجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجرّ ولاء ابنه إلى مواليه وإيجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة إبقاء الكتابة ، إذ فى صورة القضاء بالعجز ينتفى هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جرّ الولاء كما صرح به فى المسئلة الآتية ، ولكن بقى هاهنا شىء ، وهو أن المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه ، لأن ثبوته فيه يتوقف على أن لايكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الأم قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة ، فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين فى الشريعة ، كذا فى الكافى وعامة الشروح . فإن قيل : إن ملك

وفسخ الكتابة ، لأن هذا الاختلاف اختلاف فى الولاء مقصودا وهو واضح . وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقرّ الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب ، وهذا : أى بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، وإذا كان القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جرّ الولاء ، لما تقدم فى المسئلة الأولى أن ذلك جزء اللازم والشىء ينتفى بانتفاء جزئه . قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفى صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب . وليس أحد البطلانين أرجح . وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لأنه إذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالإجماع ، وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة فى نفاذها . قال (وما أدّى المكاتب من الصدقات إلى مولاه الخ) إذا كان المكاتب أخذ من الزكوات شيئا وعجز ، فأما إن عجز بعد أدائه إلى المولى أو قبله ، فإن كان الأول فهو طيب

عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه ، فاختصامهم فى الحقيقة فيه فلا يرد أن يقال : يتصور الولاء لمولى الأم على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الأداء فلا يستقيم قوله وذلك يبتنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول : هاهنا مسامحة حيث لايطابق تعليله المعلل ظاهرا ، فإنه جعل احتمال جر الولاء لازما فى المدعى ، وجزء اللازم فى الدليل ، وتوجيهه غير خفى كما لايخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول : ناظرا إلى قوله ما يجب رعايته .

لأنه لاخبث فى نفس الصدقة ، وإنما الخبث فى فعل الآخذ لكونه إذلالا به ، ولا يجوز ذلك للغنىّ من غير حاجة وللهاشمى لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة فإنه يطيب لهما . وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى من

الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك ؟ قلنا : ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب ، حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف فى ملكه ، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه ، ثم بالعجز ينعكس الأمر ، وليس هذا إلا بتبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح . واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب . وفيه نظر ، لأنا لانسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين اه . وقصد الشارح العينى دفع ذلك فقال : قلت أول كلامه منع مجرد ، والثانى دعوى بلا برهان اه . أقول : ليس هذا بشىء ، فإن المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين ، غاية الأمر أن الثانى أقوى من الأول ، فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد . وأما قوله والثانى دعوى بلا برهان ففاسد ، إذ لا دعوى له فى الثانى بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان ، والصواب فى دفع ذلك أن يقال : إن منع التبدل مكابرة ، إذ لاشك أن الانعكاس يقتضى التبدل بل هو عين التبدل ، وإن منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط ، لأن كونه بمنزلة تبدل العين إنما هو فى حكم الشرع دون الحقيقة ، وكونه بمنزلة ذلك فى حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه . ثم قال صاحب العناية : ولعل الأولى أن يقال : المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا اه . وردّ عليه الشارح العينى بأنه إن لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة . أقول : هذا أيضا كلام لغو ، إذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لاينافى تحقق التبدل بالنظر إلى ملك اليد ، وهو كاف فى كون ما أدّى إلى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به . والصواب فى الرد عليه هاهنا أن يقال : هذا الذى ذكره فى المآل عين الجواب الذى اختاره جمهور الشراح ، وأورد هو النظر عليه معْ ما فى ذلك الجواب من المزية وهى الإشارة إلى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بأن ملك الرقبة مغلوب فى مقابلة ملك اليد ، فكان اعتبار حال الغالب وهى التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهى البقاء فلا وجه لإيراد النظر على ذلك الجواب ، وذكر هذا من عند نفسه وادعاء أنه أولى من ذلك (قوله لأنه لاخبث فى نفس الصدقة ، وإنما الخبث فى فعل الآخذ ، إلى قوله : والأخذ لم يوجد من المولى)

للمولى بالإجماع لأن سبب الملك فيه قد تبدل لأن العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق ، وتبدل السبب كتبدل العين . أصل ذلك حديث بريرة رضى الله عنها فيما أهدت إليه صلى الله عليه وسلم وهى مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم « هى لها صدقة ولنا هدية » وهذا بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنىّ أو هاشمىّ فإنه لايطيب لهما ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ، ونظيره المشترى شراء فاسدا إذا أباح لغيره لايطيب له ولو ملكه طاب له . وإن كان الثانى فكذلك الجواب على الصحيح ، وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك ، فإن عنده أن المكاتب إذا عجز ملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الإجارة فى المكاتب إذا آجر أمته ظئرا ثم عجز ، وكذا عند أبى يوسف رحمه الله ، وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فإن للمولى نوع ملك فى أكسابه ، وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ، ولهذا إذا آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز لايوجب فسخ الإجارة لأن الخبث ليس فى نفس الصدقة ، وإلا لما فارقها أصلا ، وإنما الخبث فى فعل الآخذ لكونه إذلالا به ، وذلك لايجوز للغنى بلا حاجة ولا للهاشمى لزيادة حرمته ، والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة

(قال المصنف : ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة ، والهاشمى لزيادة حرمته) أقول : فعلى هذا لو أباح الفقير الغنى أو الهاشمى ينبغى أن يطيب لهما عنده ، إذ لا أخذ منهما كما لايخفى (قوله لأن الخبث ليس فى نفس الصدقة) أقول : تمايل لقوله وكذا عند أبى يوسف .

الصدقة فى يده . قال (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى) لأن هذا موجب جناية العبد فى الأصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال عاد الحكم الأصلى (وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وإن قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقد رجع أبو يوسف إليه ، وكان يقول أولا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء ، وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية

قال بعض الفضلاء : فعلى هذا لو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى ينبغى أن يطيب لهما عنده إذ لا أخذ منهما كما لايخفى اه . أقول : إن لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الأخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان فى يده وملكه فقد تحقق فى حقهما هناك سبب الخبث : إذ لافرق فى إيراث الخبث بين أخذ من واحد وأخذ من آخر إذا وجد الإذلال بالأخذ ، بخلاف المولى فيما نحن فيه فإنه لم يوجد منه الأخذ لامن يد المتصدق وهو ظاهر ، ولا من يد العبد ، فإن أكسابه ملك مولاه عند أبى يوسف ، فبالعجز لايتبدّل الملك فلا يوجد منه الأخذ بل يبقى ملكه فى يده على حاله كما يرشد إليه تشبيهه بابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقى فى أيديهما ما أخذا من الصدقة . فإن قلت : لاشك أنه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما فى يده ، فبالعجز انتقل ذلك منه إلى المولى فوجد من المولى الأخذ من يد العبد بهذا الاعتبار . قلت : ذاك الانتقال ضرورى والأخذ فعل اختيارى فلا يعد ذلك أخذا ، ولو سلم أن يعدّ ذلك أخذا فاللازم فيما نحن فيه عند أبى يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده ، والذى كان سببا للخبث إنما هو أخذ ملك الغير من يده

فإنه يطيب لهما ، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقى فى يده من الصدقة ، وإنما قيل على الصحيح لأن بعض المشايخ قالوا على قول أبى يوسف رحمه الله لايطيب ، لأن المكاتب عنده لايملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك فى أكسابه ، وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا . وهاهنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأنى يتحقق تبدل الملك . وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب ، فإن للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف فى ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك إلا بتبدل الملك للمولى ، وفيه نظر لأنا لانسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين ، ولعل الأولى أن يقال : المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا . قال (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه الخ) إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته . أما الأول فلعدم علمه بالجناية . وأما الثانى فلأن الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فإن عجز خير المولى بين الدفع والأداء والفداء لأن هذا : أى أحد هذين الأمرين موجب جناية العبد فى الأصل ، والموجب الأصلى لايترك إلا بمانع ، فإن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لاتتغير إلا بأمور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم ، أما عن الفداء فلما مر من عدم العلم ، وأما عن الدفع فلتعذره بالكتابة ، فأما إذا عجز فقد زال المانع ، وإذا زال المانع عاد الحكم الأصلى ، وكذلك : أى وكما مر من عود الحكم الأصلى إذا جنى المكاتب ولم يقض به : أى بموجب الجناية حتى عجز لما بينا

(قوله وفيه نظر لأنا لانسلم أن ذلك الخ) أقول : وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لايقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فإن ذلك يجعله حلالا طيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبدل كما فى ابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى فبمثله أولى (قوله ولعل الأولى أن يقال الخ) أقول : إن أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لايوافق المذهب ، وإن أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليتأمل (قوله إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا الفداء ويجب عليه قيمته) أقول : أى إذا كان قيمته أقل من أرش الجناية ، وإلا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية . ثم اعلم أن الضمير فى قوله عليه راجع إلى المولى . (قوله وكذلك : أى وكما مر من عود الحكم الأصلى) أقول : والأولى أن تجعل الإشارة إلى ما ذكر من المسئلة و التشبيه فى عود الحكم الأصلى .

المدبر وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا ، بخلاف التدبير والاستيلاد لأنهما لايقبلان الزوال بحال . قال (وإذا مات المولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كى لايؤدى إلى إبطال حق المكاتب ، إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه (وقيل له أدّ المال إلى ورثة المولى على نجومه) لأنه استحقاق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير ، إلا أن الورثة يخلفونه

وهو يتحقق عند إباحة الفقير للغنى أو الهاشمى فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردّد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية : فإن قيل : قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه ، لأن مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه

من زوال المانع وإن قضى به: أى بموجب الجناية عليه : أى على المكاتب فى كتابته ثم عجز فهو : أى ماقضى به من موجبها دين فى ذمته يباع فيه . واعلم أن المكاتب إذا جنى جناية خطأ فإنه يسعى فى الأقل من قيمته ومن أرش الجناية . لأن دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له ، والواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجناية ، ألا ترى أن فى جناية المدبّر وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمتهما ومن أرش الجناية لأنه أحق بكسبهما ، هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وغيره . وإذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلى وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع ، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلى صيانة للقضاء ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد رجع إليه أبو يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء إلا أن يقضى المولى عنه ، وهو قول زفر رحمه الله لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد . وقوله من الرقبة إلى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجناية ، وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمبسوط ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية . ولنا القول بالموجب ، وهو أنا سلمنا أن المانع من الدفع قائم ، ولكن الكلام فى أنه قابل للزوال أولا ، ولا شك فى قبوله لإمكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا . فإن قيل: قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لأن مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب تصير مالا فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه فى الدليل ؟ قلنا : ظهوره ، فإن التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان وجود الموجب الأصلى فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، بخلاف التدبير والاستيلاد لأنهما لايقبلان الزوال بحال فكان الموجب فى الابتداء هو القيمة . قال(وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لأنها سبب حريته وحرية حقه فهى سبب حقه ، وسبب حق المرء حقه لإفضائه إلى حصوله ، فالكتابة حقه ، فإذا مات المولى لاتنفسخ كى لايؤدى موته إلى إبطال حق غيره ، ويقال له أدّ المال إلى ورثة المولى على نجومه : أى مؤجلا لأنه استحق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير ، وهذا لأن المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضا وكاتبه فإن المكاتب يؤدى ثلثى القيمة حالا أو يرد رقيقا لأنه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه (قوله إلا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لايتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه فى الاستيفاء لايسمى تغييرا فى عقد الكتابة لأنها باقية كما كانت ، فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة

(قوله وهو دفع الرقبة إلى القيمة الخ) أقول : لايخالف ما قال آنفا إن الموجب الأصلى أحد الأمرين ، لأن أحد الأمرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه إلى القيمة ، ثم اعلم أن قوله إلى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل .

فى الاستيفاء (فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه . وهذا لأن المكاتب لايملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة ، وإن أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث ، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى ، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لايصير إبراء عن نصيبه ، لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه ، والعتق لايثبت بإبراء البعض أو أدائه فى المكاتب لافى بعضه ولا فى كله ، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

(كتاب الولاء)

أخذه فى الدليل ؟ قلنا ظهوره ، فإن التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان عود الموجب الأصلى اهـ كلامه . أقول : فيه بحث ، إذ للمانع أن يمنع أن مجرد التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال ، كيف وهذا التردد متحقق فيما إذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لايجوز أن لايمنع هاهنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبى يوسف أولا ؟ فمن أين يثبت الظهور ، ولو سلم أن مجرد التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال فى الحال ازم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال فى الحال مستدركا بعد أن قال إن المانع قابل للزوال للتردد ، أوكان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال فى الحال بالتفريع على ما قبله كما لايخفى على ذى مسكة . وكأن صاحب الكافى تنبه لهذا حيث قال : ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلى إلا بالقضاء أو الرضا .

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ، لأن الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة ، وهو وإن كان من آثار الإعتاق أيضا إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر ، ثم إن الولاء لغة مشتق من الولى وهو القرب ، وحصول الثانى بعد

(فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه . إذ المكاتب لايملك بسائر أسباب الملك فكذا بالإرث) ولاعتق فيما لايملكه ابن آدم (وإن أعتقوه جميعا) عتق استحسانا . وجه القياس ماذكرنا من عدم الملك . ووجه الاستحسان أن يصير إعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة فإنهم يملكونه لجريان الإرث فيه (وإذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما إذا أبرأه مولاه) فإن قيل : فاجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه . قلنا : لايصح ، لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا لعتقه ، والعتق لايثبت فى المكاتب بإبراء بعض البدل أو أدائه لا فى بعضه ولا فى كله ، لأن عتقه معلق بسقوط جميع البدل ، ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شىء ، وإذا لم يمكن إثبات المقتضى لايثبت المقتضى فلا وجه لإبراء البعض ، وكذلك إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المآب .

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة ، وقد ساق موجب ترتيب الأبواب على النهج المتقدم إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر . والولاء فى اللغة عبارة عن النصرة

(كتاب الولاء)

الولاء نوعان : ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة ، وسببه العتق على ملكه فى الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له . وولاء موالاة ، وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة ، والحكم يضاف إلى

الأول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل . وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة ، إلا أنه اختص فى الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة . فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالاة ، ولهذا قال فى المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . أقول : فيه فتور . أما أولا فلأن الظاهر أن الولى صفة الثانى من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثانى بعد الأول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لاصفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لايقوم معنى مأخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما . وأما ثانيا فلأن ما ذكر فى المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لأنفسهما ، إذ لايخفى على الفطن أن المطلوب بالشىء لايكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له ، إذ لامعنى لكون الشىء وسيلة إلى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة فى الشرع عبارة عن التناصر بأن قال فى المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر . وقال فى العناية : الولاء فى اللغة عبارة عن النصرة والمحبة ، وهو مشتق من الولى وهو القرب ، وحصول الثانى بعد الأول من غير فصل . وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل اه . أقول : فيه خلل ، لأن الولاء المشتق من الولى الذى هو القرب لايكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة ، لأن الاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسب فى اللفظ والمعنى ، ولا تناسب فى المعنى بين الولى الذى معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة ، وإنما التناسب فى اللفظ والمعنى بين الولى بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة . وعن هذا قال فى الكافى والكفاية : هو من الولى بمعنى القرب ، ويقال بينهما ولاء : أى قرابة ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » أى وصلة كوصلة النسب اه . فالولاء الذى يكون عبارة عن النصرة والمحبة إنما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة ، وعن هذا قال فى النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء فى اللغة مشتقا من الولى بمعنى القرب : وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة إلا أنه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه . وقال فى التبيين : هو من الولى فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة . ثم قال : أو من الموالاة وهى مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة إلا أنه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه . فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء فى اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولى وهو القرب خلط بين المعنيين وإخلال بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه فى الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له) إنما قيد بقوله فى الصحيح احترازا عن قول أكثر أصحابنا فإنهم يقولون سببه الإعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ولكنه ضعيف ، فإن من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا

والمحبة ، وهو مشتق من الولى وهو القرب ، وحصول الثانى بعد الأول من غير فصل . وفى عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل . قال (الولاء نوعان) ينوع الولاء باختلاف السبب إلى نوعين : فالأول (ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة) اقتفاء بقوله تعالى ـ وإذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه ـ أى بالإعتاق وهو زيد (وسببه العتق على ملكه فى الصحيح) وقوله فى الصحيح احترازا عن قول أكثر أصحابنا إن سببه الإعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » وإنما كان ذلك صحيحا ، لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا إعتاق ، فجعل العتق سببا أولى لعمومه . والثانى ولاء موالاة وسببه العقد على ماسنذكر (قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة) بيان لسبب النوعين فإن كلا منهما يضاف

(قوله استدلالا بقوله عليه الصلاة و السلام الخ) أقول : ويجىء جواب استدلالهم بعد سطور (قوله فجعل العتق سببا أولى لعمومه) أقول : الأصوب تبديل الأولى بالصواب (قوله بيان لسبب النوعين) أقول : أى لسببية سببهما .

سببه ، والمعنى فيهما التناصر ، وكانت العرب تتناصر بأشياء ، وقرّر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال : «إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم» والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف. قال (وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق» ،

إعتاق هناك . فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ، ألا يرى أنه يقال : ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الإعتاق ، والحكم يضاف إلى سببه . وأما قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق» فالمراد أن الولاء له بسبب العتق لا بسبب الإعتاق ، فإن فى الإعتاق عتقا بدون العكس ، هذا زبدة ما فى جملة الشروح هاهنا . وقال فى البدائع : أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الإعتاق أو ما يجرى مجرى الإعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية ، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه ، وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين والنذر ، وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الإعتاق على مال ، وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا إلى وقت ، وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية ، وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» من غير فصل إلى هنا لفظ البدائع . أقول : كون الحديث المذكور أصلا فى حق الصور المزبورة كلها محل نظر ، فإن فى صورة إن كان العتق حاصلا بغير صنعه كما إذا ورث قريبه لا يوجد الإعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق» فليتأمل فى الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية : قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعى اهـ . أقول : فيه بحث ، إذ ليس مفهومهما الشرعى مطلق التناصر ، بل تناصر يوجب الإرث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره ، وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعى عن مفهومهما اللغوى كما عرفت ، فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعى لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المعتبر فى مفهومهما الشرعى ، على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان أو شرعيا لقال ومعناهما التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام . والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما ، وعن هذا قال صاحب الكافى بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر ، والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال فى المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق») قال صاحب العناية : وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اهـ . أقول : لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد ، إذ لا شك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء ، والوجه المذكور إنما يفيد الثانى دون الأول فلا يتم التقريب . والصواب أن وجه الاستدلال هاهنا هو أن لام الجنس فى قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء» ولام الاختصاص فى قوله «لمن أعتق» تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا فى قوله تعالى ـ الحمد لله ـ دل بلامى الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى . ثم قال صاحب العناية :

إلى شىء ، والإضافة تدل على السببية كما عرف فى الأصول . وقوله (والمعنى فيهما التناصر) بيان مفهومهما الشرعى (قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيهما ، فإن العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمناطاة (و) قد (قرّر النبيّ صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال : «إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم» . والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف) قال (وإذا أعتق المولى مملوكه الخ) إذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم . فإن قيل : الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الإعتاق . فالجواب أن الأصل فى الاشتقاق هو مصدر

(قوله ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق) أقول : وأنت خبير بأن المراد من قوله : وإذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الأصل الخ) أقول : فيه تأمل .

ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ، ولأن الغنم بالغرم . وكذا المرأة تعتق لما روينا ،

فإن قيل : الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لأن أعتق مشتق من الإعتاق . فالجواب أن الأصل فى الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق انتهى كلامه . أقول : فى جوابه نظر ، لأن كون مصدر الثلاثى أصلا فى الاشتقاق لا يستدعى كونه أصلا فى العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه ، فإن كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثى ؛ ألا يرى أن الإعتاق مثلا يكون علة للعتق ، ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه إلى غير ذلك من الصور ، ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : قوله ولأن التناصر به : أى بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث . وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغنم عقله ، والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لأن الرقيق هالك حكما ؛ ألا يرى أنه لا يثبت فى حقه كثير من الأحكام التى تعلقت بالإحياء نحو القضاء والشهادة والسعى إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك . وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام فى حقه فكان إحياء معنى . ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكذلك الولاء اهـ كلامه . أقول : فى أوائل تقريره الدليل خلل ، لأنه اعتبر النصر فى جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح ، والانتصار فى جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل فى بسط كلامه سيما فى قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله ، والظاهر أن الأمر بالعكس ، إذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب إعتاق ذلك إياه فهو الغانم . وأيضا قد استدل على أن من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم ، ، وليس بصحيح لأنه إن رجع ضمير الفاعل المستتر فى يعقله إلى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى فى نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور. أما عدم صحة المدعى فى نفسه فلأن العاقل فى الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر فى موضعه . وأما عدم مطابقة الدليل المذكور إياه فلأن المدعى حينئذ وجوب العقل الذى هو الغرم بالانتصار الذى هو الغنم ، والدليل المذكور إنما يفيد عكس ذلك ، فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر فى كتب الحديث ومر فى هذا الكتاب أيضا فى باب النفقة من كتاب الطلاق ، وإن رجع ذلك الضمير إلى شخص فى قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لأن الغانم هو المنتصر بشخص والغارم وهو ذلك الشخص الناصر ، فلم يجتمع الغنم والغرم فى شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم ، إذ لا شك أن غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس . ثم أقول : الصواب أن مراد المصنف بقوله ولأن التناصر به فيعقله هو أن المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب إعتاقه إياه فيعقله : أى فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقرر فى كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة إلى الجانى فى الدية دون غيرهم هو أن الجانى إنما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا بالضم إليه (قوله ولأن الغنم بالغرم) قال صاحب العناية : قوله ولأن الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا أخره اهـ .

الثلاثى وهو العتق . وقوله (ولأن التناصر به) أى بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث . وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله ، والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه ، لأن الرقيق هالك حكما ، ألا يرى أنه لا يثبت فى حقه كثير من الأحكام التى تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعى إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك ، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام فى حقه فكان إحياء معنى ، ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث ، فكذلك الولاء ، ولأنه ثبت أنه يعقله فيرثه لأن الغنم بالغرم ، فقوله (ولأن الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) يعنى أن ولاء معتقها لها لما روينا من قوله صلى الله

«ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبى عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين» . ويستوى فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه . قال(فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح . قال (وإذا أدّى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وإن عتق بعد موت المولى) لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه فى المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لأن فعل الوصىّ بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه.(وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده) لما بينا فى العتاق (وولاؤهم له) لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا فى العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (وإذا تزوّج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها.وولاء الحمل لمولى الأم لاينتقل عنه أبدا) لأنه عتق على معتق الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا (وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لأنهما توأمان يتعلقان معا . وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا . لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له .

أقول : يريد بالوجهين العقل والإرث لكنه منظور فيه . أما أوّلا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من أن الدليل على أن يعقل المعتق إنما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم ، والمذكور هاهنا هو الثانى فكيف يخدم الوجه الأول . وأما ثانيا فلأنه جعل قول المصنف فيما قبل ولأن التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف فى قول المصنف ، ولأن الغنم بالغرم بالنظر إلى الوجه الأول والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه . على أنا لو جعلنا قول المصنف ولأن الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى إلى أنه إنما يعقله لأنه يرثه ، وإنما يرثه لأنه يعقله فأدّى إلى الدور كما لايخفى . فالصواب عندى أن قول المصنف ولأن الغنم بالغرم دليل على الوجه الثانى فقط وهو الإرث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بإزالة الرق فكأنه قال : لأنه أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ، ولأن الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله يرث ماله ، كما أن قوله فيما سيأتى ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما الخ معطوف على قوله لما روينا معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك . ونظائر هذا أكثر من أن تحصى (قوله وإذا تزوّج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها . وولاء الحمل لمولى الأم لاينتقل عنه أبدا)هذا لفظ القدورى . قال المصنف فى تعليله لأنه عتق على معتق الأم مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا . وقال الشراح : إنما صار الحمل معتقا مقصودا لأن المولى قصد إعتاق الأم والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا اهـ . أقول : يرى المخالفة بين ماذكروا هاهنا وبين ماذكره المصنف فى كتاب العتاق فإنه قال هناك : وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها إذ هو متصل

عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » وقوله(ومات معتق لابنة حمزة رضى الله عنهما) معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روى « أن بنت حمزة رضى الله عنهما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين» . ويستوى فى ثبوت الولاء الإعتاق بمال وبغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الأداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت ، وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لإطلاق ما ذكرناه) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» وما ذكره من المعنى المعقول(فإن شرط أنه سائبة) أى يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (وإذا أدّى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح . وذكر مسئلة جرّ الولاء وبين مواضع الجر عن غيره ، والأصل فى ذلك أن العتق إذا وقع مقصودا على

قال (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالى الأم) لأنه عتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا (فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) لأن العتق هاهنا فى الولد يثبت تبعا للأم ، بخلاف الأول ،وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب لايباع ولا يوهب ولا يورث » ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة ، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه ؛ كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه ، بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا (وفى الجامع

بها اه . والظاهر منه أن يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتأمل فى التوفيق (قوله فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) قال فى الكافى : فإن قيل : الولاء كالنسب والنسب لايحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لاينفسخ بعد ثبوته . قلنا : لاينفسخ ، ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول فى الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه فى الإرث لايبطل تعصيبه ولكن يقدم عليه اه.وذكر فى غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبى نصر . أقول : فى الجواب إشكال ،وهو أنه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه فى الإرث لزم أن ترث موالى الأم عند انقطاع موالى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليها إلى مواليه كما هو الحال فى العصبة الأدنى عند انقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن والأب ،ولم يرو عن أحد أن يرث موالى الأم بالولاء فى حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجرّ (قوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية :قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه : يعنى إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق الأب يجرّ ولاء ابنه من موالى الأم إلى موالى نفسه ، بخلاف ما إذا ولدت الأمة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لايجرّ ولاء ابنه إلى موالى نفسه،وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالى أمه ،

الولد لاينتقل ولاؤه أبدا ، وإن وقع تبعا لأمه ثم أعتق الأب جرّ ولاء ابنه إلى مواليه . وعلى هذا إذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاؤهما له ، فإن أعتق الأب بعد ذلك لايجر ولاءه لأنه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا لمالك الأم والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا ، وإذا أعتقت الأم وهى حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الأب رجل آخر فكذلك لاينتقل الولاء إلى موالى الأب لأن المولى قصد إعتاق الأم ، والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها ، فإن كان الحمل ظاهرا وقت الإعتاق فواضح ، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه ، وكذا إذا ولدت أحد التوأمين لأنهما يتعلقان معا . فإن قيل : الحبلى إذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الأب فما الفرق ؟ أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له ، وإذا أعتقها ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لموالى الأم لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء ، فإن أعتق الأب جرّ ولاء ابنه إلى مواليه لأن الولاء بمنزلة النسب . قال صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » الحديث . ثم النسب إلى الآباء فكذلك

(قوله وإذا أعتقت الأم وهى حامل) أقول : أى ظاهرة الحمل كما يشير إليه قوله : فإن كان الحمل ظاهرا وقت الإعتاق (قوله لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق) أقول : لايخفى عليك ما فى هذا التعليل من عدم المطابقة للمعلل ، فالظاهر أن يقول :

الصغير : وإذا تزوّجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالى الأم) لأنهم عتقوا تبعا لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا مولى ، فألحقوا بموالى الأم ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ماذكرنا (فإن أعتق الأب جرّ ولاء الأولاد إلى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا) لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم ، وإنما يثبت للأب مقصودا لأن سببه مقصود وهو العتق ، بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هنالك يثبت مستندا إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على

وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته من الميت وإلى ما بعد الطلاق . أما إذا كان بائنا فلحرمة الوطء بعده . وأما إذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند إعتاق الأم فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى . وأدّى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض، والجواب حيث قال : ونوقض قوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب . والجواب أن العود إليه بعود الأهلية ، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء، وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك ، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلاحاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن لايكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب ، وإذا تعذر إضافته إلى مابعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا ، ومن عتق مقصودا لاينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه . أقول : مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقا بقوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه ،لكنه محل بحث ، فإن العود إنما يتصوّر فيما إذا ثبت الولاء أولا لموالى الأم ثم انتقل إلى موالى الأب بصيرورته أهلا ، وهذا إنما يتحقق فيما إذا تقدم عتق الأم على عتق الأب ، ولا يخفى أن عتق الأب مقدم على عتق الأم فى صورة إن عتقت المعتدة عن موت ، إذ لا مجال لإحداث العتق فى الميت فلا يتصور فى هاتيك الصورة العود أصلا فلا يتوهم بها النقض رأسا على قوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه فلا يحتاج إلى دفعه بقوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت ، وبالجملة لا مساس لتلك الصورة أصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجرّ بخلاف الصورة الثانية وهى ما إذا أعتقت المعتدة عن طلاق فإنه يجوز هناك أن يقع عتق الأب بعد عتق الأم فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جرّ الولاء فيحسن تدارك دفعه . فإن قلت : قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الأولى أيضا بما نحن فيه حيث قال فى تصويرها : بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء فأدى إلى تأخر عتق الأب عن عتق الأم . قلت : لايتيسر التأخر فيما قاله أيضا ، إذ قد مر فى كتاب المكاتب أن فى المكاتب الذى مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق فى آخر

الولاء ، والنسبة إلى موالى الأم كانت ضرورة عدم أهلية الأب لرقه ، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه ، كما أن ولد الملاعنة ينتسب إلى قوم الأم ضرورة ، فإذا أكذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء إليه . ونوقض قوله فإذا صار هلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب . والجواب أن العود إليه بعود الأهلية ، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت ، وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعا بالشك ، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا

فولاؤه لموالى الأم تبعا حتى تحصل المطابقة (قوله ونوقض قوله فإذا صار الخ) أقول : : الظاهر أن النقض على قوله إذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق يعتق الحمل تبعا ويجر الأب ولاؤه ، فإنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل .

ذلك فيرجعون . قال (ومن تزوّج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله . وقال أبو يوسف : حكمه حكم أبيه ، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا ، بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى .

جزء من أجزاء حياته ، فعلى هذا يتعين تقدم عتق الأب على عتق الأم فيما صوّره أيضا . وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بأن ينزل حيا تقديرا فى حق الأداء كما ينزل الميت حيا فى حق التجهيز والتكفين . فعلى هذا أن اللازم فى صوّره أيضا اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقها عن عتقها ، اللهم إلا أن يفرض تحقق الأداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الأداء بعد الموت على مذهب البعض فتأمل (قوله بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى) لأنه لايملك شيئا ، ولأن الرقّ أثر الكفر والكفر موت حكمي ، قال الله تعالى ـ أو من كان ميتا فأحييناه ـ أى كافرا فهديناه ، فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب إلى موالى الأم ضرورة ، كذا فى الشروح . أقول : هاهنا شيء وهو أنه إن كان المراد بكون العبد هالكا معنى أنه فى حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لأن الرق من أثر الكفر ، والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الأب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه ، بل إنما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته ، إذ عند حياته هو مقدم عليهم ، وإن كان المراد بذلك أنه فى حكم مجهول الأبوّة وأن ولده فى حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لايرث من هذا الولد من ينتمى إليه بأبيه العبد من الإقارب الأحرار كالأجداد والجدّات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبدا لكونه فى حكم مجهول النسب على الفرض المزبور ، والظاهر أن الأمر ليس كذلك إذ قد تقرر فى كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لايحجب من هو أبعد منه عند أئمتنا جميعا ، بل يرث الأبعد عند حرمان الأقرب ، فالأولى هاهنا أن يقال بخلاف ما إذا كان الأب عبدا

عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن لايكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب ، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا ، ومن عتق مقصودا لاينتقل ولاؤه كما تقدم ، ويتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق . وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعى ، فى البائن مثل ما كان ، وأما فى الرجعى فولاء الولد لموالى الأب لتيقننا بمراجعته . وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح . قال (ومن تزوّج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوّج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأموالهم لهم لا لذوى أرحامه ، حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شيء فى وجود معتق الأم وعصبته . وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وإنما يورث ماله بين ذوى أرحامه ، كما إذا كان الأب عربيا والأم معتقة فإنه لايكون ولاؤه لموالى أمه لأن النسب إلى الآباء . فإن قيل : لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوى الأب الحر والعبد وليس كذلك . أجاب بأن العبد هالك معنى لأنه لايملك شيئا ولأنه أثر الكفر والكفر موت حكمي ، قال الله تعالى ـ أو من كان ميتا فأحييناه ـ فصار حال هذا الولد فى الحكم حال من لا أب له فينسب إلى موالى الأم ، وهذا المعنى معدوم إذا كان الأب حرّا لأن الحرية حياة باعتبار صفة المالكية ، والعرب والعجم فيه سواء . ووجه قولهما ما ذكره فى الكتاب . ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه أن الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها فى الكفاءة ، فمن له أب واحد فى الحرية لايكون كفؤا لمن له أبوان فيها ، والنسب ليس كذلك فإن العجم قبل الإسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد فى الإمارة كفؤا لمن له أبوان فى ذلك .

(قوله لا لذوى أرحامه) أقول : الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولأنه أثر الكفر) أقول : يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت ، إلى قوله : والنسب ليس كذلك) أقول : فيه بحث .

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه ، والنسب فى حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب ، والقوىّ لايعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الأب عربيا لأن أنساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة والعقل ، كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء . قال رضى الله عنه : الخلاف فى مطلق المعتقة والوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقا (وفى الجامع الصغير : نبطى كافر تزوّج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا . قال أبوحنيفة ومحمد : مواليهم موالى أمهم ، وقال أبويوسف : مواليهم موالى أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية . ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ ، وولاء العتاقة لايقبله ، والضعيف لايظهر فى مقابلة القوى ، وإن كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا ، والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن النصرة به أكثر : قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى اشترى عبدا فأعتقه « هو أخوك ومولاك ، إن شكرك فهو خير له وشرّ لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشرّ له ، ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته »

لأنه لا أهلية له لرقه كما مر ، فلم تحصل الأهلية له بزوال رقه لايثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أنّ ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب فى حق العجم ضعيف ، فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب ، والقوىّ لايعارضه الضعيف) أقول : لقائل أن يقول : ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الأم فى هذه الصورة مقدمين فى الإرث على العصبات النسبية لأولادها ، بل على أصحاب الفرائض لهم ، إذ لاشك أن استحقاق كل من العصبات النسبة وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية ، وإذا كان النسب فى حق العجم ضعيفا لايصلح

قال المصنف رحمه الله (الخلاف فى مطلق المعتقة) وإنما قال ذلك لأن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ، حتى لو تزوج بمعتقة غير العربى كان كذلك ، فكان وضع القدورى فى معتقة العرب اتفاقيا ، وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة ، وذلك واضح فى الكتاب (قوله كالمولود بين واحد من الموالى) يعنى العجم ، فإن العجمى إذا تزوّج بعربية فولدت أولادا فإنها تنسب إلى قوم أبيهم ، فكذا إذا كانت معتقة لأن النسبة إلى الأم ضعيفة . وقوله (وإن كان الأبوان) أى الوالدان (معتقين) راجع إلى أول الخلاف : يعنى إن كانت الأم معتقة والأب والى رجلا ففيه الخلاف . وأما إذا كان الوالدان معتقين (ف)قد أجمعوا أن (النسب) إلى قوم الأب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » وفى حقيقة النسب يضاف الولد إلى الأب فى الشرف والدناءة ، فكذلك فى الولاء ، ولأن النصرة به : أى بالأب أكثر . قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الإنسان عصبة ، ومنه قولهم الذكر يعصب الأنثى (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذى اشترى عبدا فأعتقه « هو أخوك ومولاك ، إن شكرك فهو خير له وشرّ لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشرّ له ، ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته ») قوله هو أخوك : يعنى فى الدين ، وقوله إن شكرك : يعنى إن شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لأنه انتدب إلى ما ندب إليه ، وشرّ لك لأنه أوصل إليك بعض الثواب فى الدنيا فتنقص بقدره من ثواب الآخرة ، وإن كفرك فهو خير لك لأنه يبقى لك ثواب العمل كله فى الآخرة ، وشرّ له لأنه كفر النعمة . وقوله كنت أنت عصبته يدل على

(قوله وإنما قال ذلك) أقول : يعنى وإنما قال المصنف ذلك (قوله التعصيب هو جعل الإنسان عصبة الخ) أقول : والظاهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل .

« وورّث ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث » وإذا كان عصبة تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى عن علىّ رضى الله عنه (فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق ، لأن المعتق آخر العصبات ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام « ولم يترك وارثا » قالوا : المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثانى فتأخر عن العصبة دون ذوى الأرحام . قال (فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وإن لم يكن له عصبة من النسب فيراثه للمعتق) تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ، أما إذا كان فله الباقى بعد فرضه لأنه عصبة على ما روينا ، وهذا لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقى (فإن مات المولى ثم مات المعتق فيراثه لبنى المولى دون بناته ، وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى آخره « أو جرّ ولاء معتقهن » وصورة الجرّ قدمناها ، ولأن ثبوت المالكية والقوّة فى العتق من جهتها فينسب بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه

أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لايعارض أحد من العجم فى الإرث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالى العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب فى حق العجم ، مع أن المسئلة فى الإرث ليست كذلك ، إذ قد تقرر

أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورّث النبى صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضى الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث) هى بنت الميت ، وذلك لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت حمزة ، والعصبة هو الذى يأخذ ما أبقته الفرائض (وإذا كان عصبة تقدم على ذوى الأرحام وهو المروى عن علىّ رضى الله عنه ، فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لأن المعتق آخر العصبات على ما قالوا إن المراد بقوله ولم يترك عصبة وارث عصبة استدلالا بإشارة الحديث كما قلنا فى بيان قوله كنت أنت عصبته ، وبالحديث الثانى : أى بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبة دون ذوى الأرحام (وإن لم يكن له) أى للمعتق (عصبة من النسب فيراثه للمعتق ، تأويله) أى تأويل قول القدورى (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ، أما إذا كان فله الباقى بعد فرضه) وذكروا لهذه الجملة تأويلين : أحدهما أن معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالأب والجد فإن لهما حالا سوى حال الفرض وهى العصوبة ، أما إذا كان فله : أى فلمثل هذا الوارث الباقى بالعصوبة وليس للمعتق شىء . والثانى أن معناه ذو حال واحد كالبنت ، أما إذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقى بعد فرض ذلك الوارث . قال صاحب النهاية : والثانى أوجه لأنه علل قوله فله الباقى بعد فرضه بقوله (لأنه عصبة على ما روينا) وهو إشارة إلى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح . وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لأنه عصبة : يعنى إنما كان عصبة (لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أى القبيلة . وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به ، وبالمولى يكون الانتصار على ما مر فى أول كتاب الولاء . وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء ، وقرر النبى صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه . وقوله (والعصبة تأخذ ما بقى) تمام الدليل . وتقريره فله الباقى لأنه عصبة والعصبة تأخذ الباقى (فإن مات المولى ثم مات المعتق فيراثه لبنى المولى دون بناته) لما ذكره فى الكتاب . وقوله (قدمناها) إشارة إلى قوله فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ، إلى أن قال : جرّ الأب ولاء ابنه ، وقد ذكر جرّ المعتق ومعتق المعتق فى النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمة (قوله ولأن ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء ممن أعتق أو أعتق من أعتقن . وتقريره ثبوت المالكية والقوة فى المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر ، وكل من ثبت من جهته شىء ينسب إليه لأنه عليته إذ ذاك فثبوت المالكية ينسب إليها بالولاء وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ، لأن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء ،

(قوله وكل من يثبت من جهته شىء ينسب إليه لأنه عليته) أقول : المستتر فى قوله ينسب راجع إلى قوله شىء ، والضمير فى قوله إليه

الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج ، والمرأة مملوكة لامالكة ، وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لايورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به ، حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبى حنيفة ومحمد لأنه أقربهما عصوبة ،وكذلك الولاء للجدّ دون الأخ عند أبى حنيفة لأنه أقرب فى العصوبة عنده . وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا ،إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بنى الابن لأن الولاء للكبر) هو المروى عن عدّة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عمر وعلىّ وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين ، ومعناه القرب على ما قالوا ، والصلبى أقرب .

فى كتب الفرائض وسيجىء فى نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقا موخرون فى الإرث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية ، وإنما يقدمون على ذوى الأرحام فليتأمل فى التوجيه .

وفى ذلك لافرق بين الرجل والمرأة ، بخلاف النسب فإنه لايثبت إلا من الآباء ، لأن سبب النسبة فيه الفراش ، والفراش إنما هو للزوج لأنه المالك والمرأة مملوكة ، وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لايورث حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب ،وإنما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة ، والنصرة بالذكور دون الإناث ، حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء للابن عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وصورته : امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما ، وهو قول أبى يوسف أولا ، ثم راجع فقال : لأبيها السدس والباقى للابن ، لأن الأبوة تستحق بها كالبنوة ،لأن الولاء يستحق بالعصوبة والأب عصبة عند عدم الابن ، ووجود الابن لايوجب حرمان الأب ولهذا لم يصر محروما عند ميراثها فكذا عن ميراث معتقها. ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته فى ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الأب . واستحقاق الأب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جدّ مولاه أبا أبيه وأخاه لأب وأم أو لأب كان ميراثه للجدّ عند أبى حنيفة رضى الله عنه لأنه لايورّث الإخوة والأخوات ، فالجد عنده أقرب فى العصوبة. ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب فى العصوبة إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها. ولو ترك المولى ابنا وبنى ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بنى الابن ، لأن الولاء للكبر هو المروى عن عدة من الصحابة عمر وعلىّ وابن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم ومعنى الكبر القرب فى العصوبة لا فى السن على ما قالوا ، ألاترى أن المعتق إذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما فى القرب إلى الميت من حيث النسب والصلبى أقرب فيستحق الجميع .

وفى قوله لأنه راجعان إلى من والضمير فى قوله عليته راجع إلى قوله شىء (قوله وصورته امرأة أعتقت عبدا) أقول : وكذا الجواب فى رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الأب) أقول : فضلا عن أن يكون أقرب العصبات (قوله لأنه لايورث الإخوة والأخوات) أقول : يعنى مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول : أو رجلا أعتق عبدا (قوله لأنه من قوم أبيها) أقول : ضمير لأنه راجع إلى المعتق على صيغة المفعول .

(فصل فى ولاء الموالاة)

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه ، فإن مات ولا وارث له غيره فيراثه للمولى) وقال الشافعى رحمه الله : الموالاة ليس بشىء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لايصح فى حق وارث آخر ولهذا لايصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال وإنما يصح فى الثلث . ولنا قوله تعالى « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم » والآية فى الموالاة . « وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال : هو أحق الناس به محياه ومماته » وهذا يشير إلى العقل والإرث فى الحالتين هاتين ، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى

(فصل فى ولاء الموالاة)

أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة قوى لأنه غير قابل للتحول والانتقال فى جميع الأحوال ، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ، ولأنه يوجد فى ولاء العتاقة الإحياء الحكمى ولا يوجد فى ولاء الموالاة إحياء أصلا ، ولأن ولاء العتاقة متفق عليه فى أنه سبب للإرث وأنه مقدم على ذوى الأرحام ، بخلاف ولاء الموالاة فإن الشعبى لم يقل بولاء الموالاة وقال : لا ولاء إلا ولاء العتاقة ، وبه أخذ الشافعى ومالك وأحمد ، ثم إن معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم فى صدر كتاب الولاء . وتفسير هذا الولاء على ما ذكر فى الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذى أسلم على يده أو لغيره واليتك على أنى إن مت فيراثى لك ، وإن جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه ، قال فى العناية والنهاية : وله ثلاث شرائط : إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لاينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع . والثانية أن لايكون

(فصل فى ولاء الموالاة)

أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى ، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ، ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا . وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يدى رجل ويقول له أو لغيره واليتك على أنى إن مت فيراثى لك ، وإذا جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه . وله ثلاث شرائط : إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لاينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع . والثانية أن لايكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه . والثالثة أن لايكون عربيا . فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فإن موالاة الصبى والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا ؟ أجيب بأن المذكورة إنما هى الشرائط العامة المحتاج إليها فى كل واحدة من الصور . وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره ، وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى الأسفل ، واستحقاق ميراثه

(فصل فى ولاء الموالاة)

(قوله وله ثلاث شرائط إحداها الخ) أقول : صرحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاته إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لايوافقه (قوله والثالثة أن لايكون عربيا) أقول : فيه بحث ، فإن الشرط الأول يغنى عن هذا (قوله فإن قيل : من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول : فيه بحث ، فإن العقل والحرية أيضا يحتاج إليهما فى كل واحدة من الصور أو إذن الولى والمولى (قوله فإن موالاة الصبى والعبد باطلة) أقول : أما الصبى فلأنه ليس من أهل النصرة ولهذا لايدخل فى العاقلة . وأما العبد فهو أيضا لايملك التزام النصرة إلا بإذن مولاه (قوله فإن موالاة الصبى الخ) أقول : قال الحاكم فى الكافى : وموالاة الصبى باطلة ، وكذا إن والى رجل عبدا إلا أن يكون ذلك بإذن المولى فيكون مولى له ، أو يوالى الصبى بإذن الأب أو الوصى فيكون مولى الصبى اهـ (قوله أجيب بأن المذكورة إنما هى الشرائط العامة الخ) أقول : فيه بحث .

حيث شاء . والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق . قال (وإن كان له وارث فهو أولى منه ، وإن كانت عمة أوخالة أو غيرهما من ذوى الأرحام)لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما ، وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر فى الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط . ومن شرطه أن لايكون المولى من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة . قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره

له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه . والثالثة أن لايكون عربيا انتهى . أقول : فيه كلام . أما أوّلا فلأن الشريطة الأولى تغنى عن الشريطة الثالثة ، إذ لاجهالة فى نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالى مجهول النسب اشتراط أن لايكون عربيا ، إلا أن يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما . وأما ثانيا فلأنه إن أريد حصر شرائط الولاء فى هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد فى أمثال هذا المقام فليس بصحيح ، إذ من شرائطه أيضا شرط الإرث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال: ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر فى الكتاب وصرح به فى الكافى أيضا حيث قال : وإنما يصح ولاء الموالاة بشرائط : منها أن يشترط الميراث والعقل ، وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال : وله شرائط ، وعدّ منها أن يشترط الإرث والعقل،وإن لم يرد حصر شرائطه فى هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا،ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لأن مدارهما على إرادة الحصروإلا لايتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلا. وقال فى العناية : فإن قيل: من شرط العقد عقل الأعلى وحريتهفإن موالاة الصبى والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا . أجيب بأن المذكورة إنما هى الشرائط العامة المحتاج إليها فى كل واحدة من الصور ، وأما ماذكرت فإنما هو نادرفلم يذكره . أقول : فى هذا الجواب خلل ، فإن كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج إليها فى كل واحد من صور الموالاة ، إذ لاشك أن عقد الموالاة لايصح بدون عقل المتعاقدين فى شىء من الصور ، إذ لايتصور الإيجاب والقبول بدون العقل، وكذا لايجوز موالاة العبد أصلا بغير إذن مولاه وإن أذن له مولاه فى القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى ، نص عليه فى المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره . ثم إن فى تقرير السؤال أيضا خللا، فإن تقييد العقل بعقل الأعلى فى قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له ، لأن عقل الأسفل أيضا شرط العقد ، إذ لايتصوّر الإيجاب بدون العقل كما لايتصوّر القبول بدونه ، وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال : وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين ، إذ لاصحة للإيجاب والقبول بدون العقل انتهى . وكذا تقييد الحرية بالإضافة إلى ضمير الأعلى فى قوله وحريته مما لاوجه له ، إذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هى أظهر اشتراطا من حرية الأعلى لأنه لايجوز إيجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه فى ذلك ، ويجوز قبوله إياه بإذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به ، وأيضا لاوجه لترك ذكر البلوغ فى أثناء تقرير السؤال فإنه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية ، نص عليه فى المبسوط والبدائع مع أن قوله فإن موالاة الصبى فى قوله فإن موالاة الصبىّ والعبد باطلة أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل ، فإن الصبىّ قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لايخفى (قوله ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أشار به إلى ماذكره القدورى فى مختصره بقوله : وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه ، وقد مر من قبل . واعترض صاحب غاية

إذا مات عن غير وارث ، وكلامه فى الفصل واضح لايحتاج إلى تفسير ، خلا قوله (وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كان من ذوى الأرحام) فإنه أورد عليه بأنه ينبغى أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف. وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه ، وفى سبب الوراثة ذو القرابة أرجح لأن القرابة متفق على ثبوتها شرعا وإن اختلفوا فى كونها

(قال المصنف : ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر فى الكتاب) أقول : أشار به إلى ما ذكره القدورى قبل هذا ، وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه . واعترض الإتقانى على وجوب اشتراطهما فى صحة العقد ، ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لأن القرابة متفق الخ) أقول: بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة ووجوب النفقة فى مثل العمة والخالة وغيرهما

ما لم يعقل عنه) لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية ، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم . إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر

البيان على وجوب اشتراط الإرث والعقل فى صحة عقد الموالاة حيث قال : قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى : قال إبراهيم النخعى : إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه ، وله أن يتحوّل بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه ، فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوّل إلى غيره . وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، هذا لفظ الكافى بعينه . وهذا يدل على أن شرط الإرث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت ، لأن الحاكم لم يذكر الإرث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم . ويدل على ماقلنا قول القدورى فى مختصره : أو أسلم على يد غيره ووالاه . يوضحه قول صاحب التحفة : وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاى ترثنى إذا مت وتعقل عنى إذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة ، وكذلك إذا قال واليتك والآخر قبلت ، وكذا إذا عقد مع رجل غير الذى أسلم على يده ، إلى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن شيئا مما ذكره لايدل على عدم اشتراط الإرث والعقل فى صحة عقد الموالاة . أما ما نقله عن الكافى للحاكم الشهيد فلأنه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما ، فيكون قوله ووالاه فى قوله إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف فى تمام عقد الموالاة ، وجعل نفس الإرث والعقل حكما للموالاة لاينافى كون ذكرهما فى العقد شرط لصحة العقد كما لايخفى . وأما قول القدورى فى مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلأنه لاشك أن مراد القدورى بقوله ذلك إنما هو بيان أن الإسلام على يده ليس بشرط فيها . وأما قول صاحب التحفة : فلأن محل توهم عدم اشتراط الإرث والعقل إنما هو قوله وكذلك إذا قال واليتك والآخر قبلت ، ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك إذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاى فقط لابدل مجموع قوله أنت مولاى ترثنى إذا متّ وتعقل عنى إذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما . وبالجملة إن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لايدل على عدم اشتراط ذلك ، إذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم إياه على الاستقلال ، ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ، ككون الموالى مجهول النسب ، وكونه غيره معتق ، وكونه غير عربىّ وغير ذلك ، مع أنهم لم يصرحوا بشىء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله إلا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل فى حق العزل ظاهر ، وهو تضرّر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل

سببا للإرث ، وعقد الولاء مختلف فى ثبوته شرعا ، ولا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب فى شىء من المال ، بخلاف الوصية بالثلث فإنها خلافة فى المآل مقصودا ، فلا يمكن جعل الثلث له إلا بطريق الوصية ، لأنه ما أوجب له ذلك مقصودا ، ولا بطريق الإرث لترجح استحقاق القريب عليه . وخلا قوله (إلا أنه يشترط فى هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل) فإنه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل فى حق العزل ظاهر ، وهو تضرّر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل على مامر فى الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل . وأجيب بأن سبب الاشتراط هاهنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فإن العقد كان بينهما ، وفى تفرّد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، وإلزام شىء على الآخر من غير علمه به نفسه

(قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول : بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فإنها خلافة فى المآل الخ) أقول : الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة (قوله وخلا قوله إلا أنه الخ) أقول : معطوف على قوله خلا فى قوله وكلامه فى الفصل واضح لايحتاج إلى تفسير ، خلا قوله وإن كان له وارث .

من لأول لأنه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة . قال (وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوّل بولائه إلى غيره) لأنه تعلق به حق الغير ، ولأنه قضى به القاضى ، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض فى الهبة ، وكذا لايتحوّل ولده ، وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهم فى حق الولاء كشخص واحد . قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لأنه لازم ، ومع بقائه لايظهر الأدنى .

على ما مر فى الوكالة ، فما معنى اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل . وأجيب عنه بوجهين : أحدهما أن سبب الاشتراط هاهنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر ، فإن العقد كان بينهما ، وفى تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، ونفس إلزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لامحالة ، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلاعقد ، وفيه إبطال فعله فلا يجوز بدون العلم ، كذا فى الشروح . وقال فى النهاية : وهذا الوجه هو الذى اختاره فى المبسوط ، وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكأنه اختاره أيضا . أقول : هذا الوجه محل الكلام ، فإن كون نفس إلزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه إبطال فعل العاقل البالغ ، وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الإلزام فى كونه ضررا فغير ظاهر ، إذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما فى فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق إبطال فعل الآخر فى صورة العلم أيضا بالضرورة . والظاهر أن علم الإنسان بالأمر الذى يكرهه ولا يقدر على دفعه لايجدى شيئا ، فإذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ هاهنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه ، اللهم إلا أن يقال : دفع الضرر وإن لم يتعين هاهنا كما تعين فى صورة العزل عن الوكالة إلا أنه مما يحتمل بإرضاء الآخر بالبرّ والمجازاة ، لكن فيه مافيه فتأمل . وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضرارا بصاحبه . أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه . وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على مولاه ، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة . أقول : هذا الوجه فى الجواب هو الصواب ، لأن حاصله أن فى الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار ، وفى الإعلام دفع ذلك فلا بد منه ، ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله لأنه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة بطلان العقد الأول ؟ قلنا : إن الولاء كالنسب ، والنسب مادام ثابتا من إنسان لايتصوّر ثبوته من غيره فكذلك الولاء ، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الأول ، كذا فى عامة الشروح والكافى ، وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط . أقول : فى الجواب بحث من وجهين : الأول أن قولهم والنسب مادام ثابتا من إنسان لايتصوّر ثبوته من غيره ممنوع ، فإنه إذا كانت الأمة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا ومشروحا . والثانى أن قياس الولاء على النسب يقتضى أن لايصح عقد الولاء مع الثانى بعد أن يصح مع الأول إذ النسب لايتصوّر ثبوته من إنسان بعد ثبوته من آخر ، فينبغى أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس ، فمن أين يتصوّر الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثانى على بطلان عقده مع الأول .

ضرر لا محالة ، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد ، وفيه إبطال فعله بدون علمه ، وخلا قوله (لأنه فسخ حكمى بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة) فإن عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لايصح وحكما يصح ، كما لو أعتق العبد الذى وكله ببيعه ، فإنه أورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبة فسخ العقد الأول . وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من إنسان لايتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء ، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الأول ، ذكر ذلك كله فى النهاية ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(قوله وخلا قوله لأنه فسخ حكمى) أقول : وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلا فيما سبق .

(كتاب الإكراه)

قال (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا)

ثم أقول : يمكن أن يجاب عن الأول بأن المراد أن النسب مادام ثابتا من إنسان أولا لايتصور ثبوته من غيره ثانيا ، وثبوت نسب ولد الأمة المشتركة بين رجلين منهما إنما هو فيا ادعياه معا . وأما إذا ادعاه أحدهما أولا والآخر ثانيا فإنما يثبت نسبه من الأول دون الثانى كما فصل فى باب الاستيلاد من كتاب العتاق . وعن الثانى بأن القياس فى مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين فى حالة واحدة إذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا فى عدم صحة الانتقال من أحدهما إلى الآخر فإنه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل ، والله الموفق .

(كتاب الإكراه)

قيل فى مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب، وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق إيراد الإكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن فى كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل ، فإن ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذى هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله بالإرث . فكذلك الإكراه يغير حال المخاطب الذى هو المكره من حرمة المباشرة إلى حلها فى عامة المواضع . ثم إن الإكراه فى اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شىء يكرهه ، يقال أكرهت فلانا إكراها : أى حملته على أمر يكرهه . وأما فى اصطلاح الفقهاء فقد ذكر فى المبسوط أن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الأهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب ، فإن المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ، ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة ، ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب .

(كتاب الإكراه)

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حكمه ، كما أن الإكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسبا أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة . وهو فى اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شىء يكرهه ، يقال أكرهت فلانا : أى حملته على أمر يكرهه . وفى اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفى به رضاه . وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه، وهو إشارة إلى نوعى الإكراه أو يفسد به اختياره، وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر ، لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه .

(كتاب الإكراه)

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول : فيكون فى قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفى عدم الرضا) أقول : فيه مالا يخفى إلا أن يقال : الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفى به رضاه ، إذ لولاه لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لابد من تقدير « لا » فى أو يفسد به اختياره) أقول : لايخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير لا ، والظاهر أن المراد

لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ماتوعد به ، وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة ، والذى قاله أبوحنيفة إن الإكراه لايتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لاتتحقق بدون المنعة . فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لااختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة فى زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ، ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به ، وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل . قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أوعلى شراء سلعة أو على أن يقرّ لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه

وذكر فى الإيضاح أن الإكراه فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى فيصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه . وذكر فى الوافى أنه عبارة عن تهديد القادر غيره على ماهدده بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضا ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وقال فى النهاية : ولك أن تختار من هذه الثلاث أيها شئت . قلت : وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى ، وسيجىء ما يتعلق بتفسيرها . وأما شرطه وحكمه فيأتى فى الكتاب أثناء المسائل (قوله لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية : وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفى به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه ، وهو إشارة إلى نوعى الإكراه ويفسد به اختياره ، وذلك يستلزم نفى عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر ، لكن لابد من تقدير « لا » فى أويفسد به اختياره ، فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه . أقول : قد خرج الشارح المذكور فى تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب ، وسلك مسلكا لايرتضيه أحد من ذوى الألباب ، وإن شئت ما هو التحقيق فى هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام : فاعلم أن الشائع المذكور فى عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وذلك بأن يكون بقتل أوبقطع عضو وهو الإكراه

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية ، وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره مخاطبا . وأما شرطه وحكمه فيأتى فى أثناء الباب . قال (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ماتوعد به) شرط الإكراه حصوله من قادر على إيقاع المتوعد به (سلطانا كان أو لصا) وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالإكراه محمولا على ما دعى إليه من المباشرة ، فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجىء مفصلا ، ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به ، ولايخاف إلا إذا كان المكره قادرا على ذلك ، والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذى قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لايتحقق) إلا من السلطان ، لما أن المنعة له والقدرة لاتتحقق بدون المنعة ، فقد قال المشايخ رحمهم الله : هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن فى زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان ، فإذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار بماله أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو إكراه يترتب عليه الحكم ، فإن فعل ما دعى إليه ثم زال الإكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ ، لأن من شرط صحة هذه

من قوله ينتفى به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة ، وإنما لم يتعرض للقسم الثالث مثل الإكراه بضرب سوط أو حبس يوم على ما يجىء لعدم ترتب أحكام الإكراه عليه (قال المصنف : فينتفى به رضاه) أقول : فقط دون أن يفسد به اختياره ، فإنه إذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص (قال المصنف : والذى قاله أبوحنيفه أن الإكراه لايتحقق إلا من السلطان) أقول: الفتوى فى تحقق الإكراه من غير السلطان على قولهما .

العقود التراضي، قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

---

الملجئ. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد أو بحبس وهو الإكراه الغير الملجئ، وكل منهما لاينافى الأهلية ولا الخطاب. وأما فخر الإسلام البزدوى فقال فى أصوله: الإكراه ثلاثة أنواع: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لايلجئ. ونوع آخر لايعدم الرضا وهو أن يهم بحبس أبيه أو ولده أو مايجرى مجراه. والإكراه بجملته لاينافى أهليته ولايوجب وضع الخطاب اه. وقال صاحب الكشف فى شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام: الإكراه حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه. ويدخل فى هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة فى الكتاب. قال شمس الأئمة: هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره، ولم يدخل فيه القسم الثالث الذى ذكر فى الكتاب، وكأنه لم يجعله من أقسام الإكراه لعدم ترتب أحكامه عليه، إلى هنا كلام صاحب الكشف. إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف هاهنا من معنى الإكراه وما ذكره شمس الأئمة فى المبسوط بعينه، وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة فى أصول فخر الإسلام غير داخل فى هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية، وإنما هو داخل فى معنى الإكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف، وهو أن وجه عدم إدخال ذلك القسم فى معنى الإكراه شرعا عدم ترتب أحكام الإكراه عليه، فإن الإكراه فى عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه، وانكشف عندك أيضا سر ما وقع فى عامة الكتب من تنويع الإكراه إلى نوعين فقط، فإن المقصود بالبيان فى الكتب الشرعية أحوال الإكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى. ثم إن ما ارتكبه صاحب العناية فى تفسير ما ذكره المصنف هاهنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح فى نفسه. أما أولا فلأنه جعل قول المصنف فينتفى به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع أن مقابلة قوله أو يفسد به رضاه(١) تمنعه قطعا. وأما ثانيا فلأنه قال: إن قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفى عدم الرضا، ولا معنى له لأنه إن أراد أنه بحسب ظاهره: أى بدون تقدير شىء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا، لأن فساد الاختيار إنما يستلزم عدم الرضا لا نفى عدمه وهو ثبوت الرضا، وإن أراد أنه إذا أخرج عن ظاهره بتقدير «لا» كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضا، إذ بتقدير لايصير المعنى أو لايفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه، ولا شك أن صحة الاختيار لاتستلزم نفى عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما فى النوع الغير الملجئ من نوعى الإكراه على ما مر. وأما ثالثا فلأنه قال وهو إشارة إلى القسم الآخر. لكن لابد من تقدير لا فى أو يفسد به اختياره، وهو أيضا مختل لأن هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما فى مقام التعريف لايجدى ما ذكره من كون مقصود المصنف الإشارة إلى الأنواع الثلاثة للإكراه، لأن نفى فساد الاختيار إنما يفيد صحة الاختيار وهى لاتقتضى الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت آنفا فلا تحصل الإشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقديركلمة «لا» فيه إلى القسم الثالث من الإكراه لصدقه على القسم الثانى من النوعين الأولين كما ترى، اللهم إلا أن يقال: نفى فساد الاختيار فى مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا فى المقابل فيخرج القسم الثانى من النوعين الأولين، لكن لايخفى على ذى مسكة أن المعنى الذى نسبه الشارح المزبور هاهنا إلى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد به اختياره أولا بمعنى أو لاينتفى به رضاه، فهل يجوّز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الأقصر الخالى عن التمحلات بأسرها لو أراد إفادة ذلك المعنى الذى نسبه الشارح المزبور إليه ويختار هذا اللفظ الأطول المشتمل على تمحلات كثيرة فى إفادة ذلك المعنى. ولعمرى إن رتبة المصنف بمعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله فينتفى به رضاه أن ينتفى به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله أو يفسد به

العقود التراضى، قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

---

(١) (قوله أو يفسد به رضاه) كذا فى النسخ التى بأيدينا، وصوابه (أو يفسد به اختياره) اه مصححه.

والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أوحبس يوم أو قيد يوم لأنه لايبالى به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا ، وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ؛ ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا ، وعند زفر لايثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ؛ ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لايفيد الملك . ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله

اختياره فإن العام إذا قوبل بالخاص يراد به ما عداذلك الخاص كما فى قوله تعالى ـ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ـ فكان قوله فينتفى به رضاه إشارة إلى أحد نوعى الإكراه وهو غير الملجئ ، وقوله أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما وهو الملجىء فانتظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما فى عامة الكتب (قوله والإكراه بهذه الأشياء بعدم الرضا) أراد بهذه الأشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد، وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفى على الشارح العينى فقال فى تفسير قول المصنف بهذه الأشياء : يعنى بالبيع وأخواته، ولم يدر أن البيع وأخواته من المكره عليه لامن المكره به ، وهذا نظير سائر سقطاته فى كتابه هذا(قوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لايبالى به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه) أقول : يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض أوله ، فإنه قال فى أوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أوحبس يوم أو قيد يوم،فدل ذلك على تحقق الإكراه فى هذه الصور أيضا وإلا لما قال بخلاف ما إذا أكره ، بل كان ينبغى أن يقول بخلاف ما إذا ضرب بسوط أو حبس يوما أوقيد يوما ،وقال فى آخره فلا يتحقق به الإكراه ، وهذا صريح فى عدم تحقق الإكراه فى هاتيك الصورفتناقضا . والجواب أن المراد بالإكراه فى قوله بخلاف ما إذا أكره معناه اللغوى وهو حمل الإنسان على أمر يكرهه كما مر ، ولا شك فى تحقق هذا المعنى فى هاتيك الصور ، والذى نفاه فى آخر الكلام إنما هو تحقق الإكراه على معناه الشرعى الذى تترتب عليه أحكامه فلا تناقض . ولك أن تقول : التعبير بالإكراه فى قوله بخلاف ما إذا أكره للمشاكلة كما فى قوله تعالى ـ تعلم ما فى نفسى ولا أعلم ما فى نفسك ـ فحينئذ لايكون لفظ الإكراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية ، بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الإقرار حجة الخ) قال فى النهاية والعناية: قوله وكذا الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد : أى والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة فى غير الإكراه لترجح جنبة الصدق ، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرّة فلا يكون حجة اهـ . أقول : الظاهر عندى أن قوله وكذا الإقرار حجة الخ معطوف على قوله لأن من شرط صحة هذه العقود التراضى إلى قوله فيفسد لاعلى قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد ، لأن قوله والإكراه بهذه الأشياء

والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد ، وإن أكره بضرب سوط أوحبس يوم أوقيد يوم لم يكن إكراها لأنه لايبالى به نظرا إلى العادة إلا إن كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضرّ به) فهو إكراه (لـ) وجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا) (قوله وكذا الإقرار حجة) معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد: أى والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة فى غير الإكراه لترجح جنبة الصدق ، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرّة فلا يكون حجة، بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أوحبس يوم فأقر به فهو إقرار كما فى البيع ، إلا إذا كان المكره صاحب منصب : أى عزّ ومرتبة ، فإن الشرفاء والأجلاّء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ، ولهذا قال محمد رحمه الله : ليس فى ذلك تقدير لازم ، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا . وعند زفر رحمه الله لايثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الإجازة(قبل الإجازة لايفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله) لأن الإيجاب

والفساد لفقد شرطه وهو التراضى فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض ، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لايمكن نقضه جاز ، ويلزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز إلا أنه لاينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدى ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته . أما هاهنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثانى . قال رضى الله تعالى عنه : ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى من غيره ، لأن الفساد لفوات الرضا . ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ، ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الأحكام .

يعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الأول فعطف قوله وكذا الإقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة فى المقدمة الأولى ، مع أن المذكور فى حيز قوله وكذا الإقرار حجة دليل مستقل فى حق فساد الإقرار بالإكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور فى النهاية والعناية ، فالوجه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لاعلى بعضه ، والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل) قال بعض الفضلاء : لايخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لايكون المتكلم هازلا اهـ . أقول : لم يقل من جعله باطلا

والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضى) قال الله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - وتأثير انتفاء الشرط فى فساد العقد لاغير كانتفاء المساواة فى باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار ، إنما لايفيده لأنه جعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط ، والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط ، فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض . (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لايمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جاز ولزمه القيمة كما فى سائر البياعات الفاسدة) فإن قيل : لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالإجازة كهو . أجاب بأن بإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز ، بخلاف سائرها فإن المفسد فيه باق (قوله إلا أنه لاينقطع به) استثناء من قوله كما فى سائر البياعات الفاسدة فإن فيه إذا باع المشترى ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حق استرداده ، وهاهنا لاينقطع بسبب الإكراه حق الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدى ولم يرض البائع بذلك ، لأن الفساد فى البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته ، أما هاهنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثانى . قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائز المعتاد) يريد به بيع الوفاء . وصورته أن يقول البائع للمشترى : بعت منك هذا العين بما لك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى ، أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أنى إن دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلى وقد اختلف الناس فيه ، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الأحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة إليه ، واختاره المصنف رحمه الله وأشار إليه بقوله البيع الجائز المعتاد . ومن المشايخ (من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشترى من غيره لأن الفساد لفوات الرضا) كما فى البيع المكره عليه (ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين) لأنهما وإن سميا بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعانى ، ولا يملكه المرتهن ولايطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه ، والدين ساقط بهلاكه فى يده إذا كان وفى بالدين ، ولا ضمان عليه فى الزيادة إذا هلك بغير صنعه ، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لافرق عندنا بينه وبين الرهن . (ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل) لأنهما تكلما بلفظ البيع وليس

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل الخ) أقول : لايخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لايكون المتكلم هازلا .

على ماهو المعتاد للحاجة إليه . قال (فإن كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لأنه دليل الإجازة كما فى البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعا ، بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دليل الإجازة . بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا ، لأن مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على ما هو الأصل ، فدخل الدفع فى الإكراه على الهبة دون البيع . قال (وإن قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة وعليه ردّه إن كان قائما فى يده) لفساد العقد . قال (وإن هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

أن المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل ، بل قال : إنه كالهازل بناء على أن المتكلم بلفظ البيع هناك لايقصد معنى البيع ، وإلا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجرى المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقرر فى علم الأصول ، وفى صورة بيع الوفاء لايوجد ذلك الشرط قطعا ، ويرشد إلى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل ، فإن معناه قياسا على الهازل ، ولا ريب أن القياس إنما يتصور بين الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشتركين فى العلة .

قصدهما ، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ، ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه . ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم فى عرفهم لايفهمون لزوم البيع بهذا الوجه ، بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشترى ويبقى المشترى يرد المبيع على البائع من غير امتناع ، ولايكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ، ولهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفى بما عهد من رد المبيع . قال (فإن كان قبض الثمن طوعا الخ) إذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لأنه دلالة الإجازة كما فى البيع الموقوف إذا قبض الثمن كان إجازة ، ودلالة الإجازة تقوم مقام الإجازة فكذا إذا سلم المبيع طائعا بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دلالة الإجازة ، بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا : أى فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لايمنع وقوع الملك بالقبض ، فإن تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته . والفرق بينهما أن مقصود المكره مايتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ ، وما يتعلق به الاستحقاق فى الهبة بالقبض وفى البيع بالعقد فكان الإكراه على الهبة إكراها على الدفع دون البيع (وإن قبضه) أى الثمن (مكرها فليس ذلك بإجازة ، وعلى المكره ردّه إن كان قائما فى يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه أخذه بإذن المشترى والقبض متى كان بإذن المالك إنما يوجب الضمان إذا كان للتملك ، وهاهنا لم يكن كذلك لأنه كان مكرها على قبضه (وإن هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير مكره ، والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا

(قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول : إذا كان باطلا لاينعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله إلا إذا لم يخرج عن ملكه) أقول : الضمير فى ملكه راجع إلى المشترى (قال المصنف : بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة) أقول : وإذا أكرهه على الهبة والتسليم ، فالهبة فاسدة ، وإن أكرهه على الهبة لاغير فسلم المكره بعد ذلك أوسلم والمكره حاضر ، فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع . وفى الاستحسان لاتجوز . ولو سلم والمكره غائب بحيث لايعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا أن فساد السبب لايمنع وقوع الملك بالقبض) أقول : هذا على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى لايثبت الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة على ماذكره العلامة الإتقانى فى باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية . وفى البزازية فى كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام ، فالقوى ما ذكرنا ، إذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق ، إلى قوله : وفى البيع بالعقد) أقول : فيه بحث ، لأن تعلق الاستحقاق فى البيع الفاسد أيضا بالقبض على مامر فى أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد ، تأمل فى جوابه ليظهر لك ، فإن المراد ما يتعلق به الاستحقاق فى أصل الوضع ، وقد صرح به فى بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الأصل . ثم لايخفى عليك أن الإكراه إذا كان على البيع الفاسد ينبغى أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها ، إلا أن يقال : البيع فى أصل الوضع يتعلق به

(وللمكره أن يضمن المكره إن شاء) لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف ، فكأنه دفع مال البائع إلى المشترى فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجع على المشترى بالقيمة لقيامه مقام البائع ، وإن ضمن المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ،ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

(فصل)

(فصـــل)

قال أكثر الشراح : لما ذكر حكم الإكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الإكراه الواقع فى حقوق الله تعالى ،

كما تقدم ، وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار إن شاء ضمن المكره لأن المكره آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف) وإن لم يصلح آلة له من حيث الكلام فإن التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكأن المكره دفع مال البائع إلى المشترى وإن شاء ضمن المشترى) لأن الهلاك حصل عنده فكأن كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجع على المشترى بقيمته لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وإن ضمن المشترى) يعنى أى مشتر كان بعد الأول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود) أى تداولته (لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه) وقال الشارحون : وإن ضمن المشترى : يعنى فى صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك ، فإنه وإن كان صحيحا لكن كلام المصنف إنما هو على شق الترديد من تضمين المكره والمشترى ، وكلامه فى الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الأصالة . فإن قيل : ما الفرق بين تضمينه مشتريا وإجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ هاهنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك ؟ أجاب بقوله (لأنه أسقط حقه) يعنى فى صورة الإجازة (وهو) أى حقه هو (المانع فعاد الكل إلى الجواز) فإن قيل : ما الفرق بين إجازة المكره وإجازة المغصوب منه ، فإنه إذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازه خاصة ؟ أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه ، فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته به لمصادفته ملكه فتكون إجازته أحد البيوع تمليكا للغير من المشترى بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه . وأما المشترى من المكره فقد ملكه ، فالبيع من كل مشتر صادف ملكه ، وإنما توقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الاسترداد ، وفى هذا لا يفترق الحال بين إجازته البيع الأول والآخر ، فلهذا نفذ البيوع كلها بإجازته عقدا منها ، والله أعلم .

(فصـــل)

لما ذكر حكم الإكراه الواقع فى حقوق العباد شرع فى بيان حكم الإكراه الواقع فى حقوق الله تعالى ، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته ، وذكر فيه الإكراه الملجئ وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء ، وغير الملجئ

الاستحقاق ، وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط ، والشرط الفاسد لا يضر ، وهذا هو الصحيح (قال المصنف : لأن الاستناد الخ) أقول : أى استناد ملك المشترى . قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : فيستند إلى حين العقد لا قبله انتهى ، وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول : لا يقال الحامل هو قول المصنف لأنه ملكه بالضمان ، فإن المشترى فى صورة الإكراه يملكه بالقبض ، لأن قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحيث ينساق إليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح . ثم اعلم أن لفظة «ما» فى قوله وما عرفت نافية .

(فصـــل)

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر ، إن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير ، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها . ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم)

وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أنه قد ذكر فى هذا الفصل حكم الإكراه الواقع فى حقوق العباد أيضا كما فى مسئلة الإكراه على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، وكما فى مسئلة الإكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر إلى مثل ذلك ، فالأشبه ماذكره صاحب غاية البيان حيث قال : إنما فصل بفصل لأن ماتقدم مما يحل فعله قبل الإكراه ، ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الإكراه فى حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول : فى قوله يباح له ذلك إشكال ، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر فى علم الأصول ، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به فى كتب الأصول ، فإطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم فى تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به فى كتب الأصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسعه أن يصبر على ماتوعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال فى العناية : فإن قيل : إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد . فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه ، والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم ، وهاهنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما ، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، لأنه إن أريد به أن المباح هاهنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لإفضائه إلى الحرام فهو ممنوع جدا ؟ كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه قطعا ، فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه فى محل واحد فى حالة واحدة وهو محال وإن أريد به أن ما كان مباحا فى حالة قد يصير تركه حراما فى حالة أخرى لعلة تقتضى ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن مانحن فيه ليس من هذا القبيل ، لأن نحو أكل الميتة وشرب الخمر إنما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به . ولا شك أن

وهو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد ، والأول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل ، والثانى إن كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه ، وإن كان على قول فإن كان قولا يستوى فيه الجد والهزل فكذلك وإلا فهو معتبر . فعلى هذا (إذا أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الإقدام على ذلك (وإن أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يقدم ، وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما فى المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ، ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به) وأشار إلى أن الملجئ يمتاز عن غيره لغلبة الظن ، لأن بدن الإنسان فى احتمال الضرب متفاوت ، وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ، ولا معتبر بمن قدر فى ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال : إن تهدد بأقل منها لم يسعه الإقدام ، لأن الأقل مشروع بطريق التعزير ، والتعزير يقام على وجه الزجر لا الإتلاف ، لأن ذلك نصب المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فإن صبر حتى أوقعوا به) أى قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالإباحة (فهو آثم

(قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول : الضمير فى وراءها راجع إلى الضرورة فى قوله إنما يباح عند الضرورة (قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول : أى النفس والعضو (قوله لأن ذلك نصب الخ) أقول : هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر فى ذلك أدنى الحد .

لأنه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما فى حالة المخمصة. وعن أبى يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة. قلنا: حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان إباحة لا رخصة إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة فى هذه الحالة، لأن فى انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الإسلام أو فى دار الحرب. قال (وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراها حتى يكره بأمر

صيرورة تركه حراما إنما هى فى حالة الاضطرار أيضا، إذ فى حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم أن تجتمع إباحته وحرمة تركه فى حالة واحدة، فلا يتصور الانقلاب من الإباحة إلى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه. لا يقال: سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار، وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين إنما هو إفضاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم، فلا استحالة فى اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه فى حالة واحدة. لأنا نقول: استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا، فيستحيل اجتماعهما فى شىء واحد فى حالة واحدة، سواء كانا مستندين إلى سبب واحد أو إلى سببين، ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف فى شرح المواقف فى مباحث العلة والمعلول، فإنه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بأنه لو علل بهما لكان محتاجا إلى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما فى زمان واحد. قال: لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما هو عليتها له، ومنشأ عدم الاحتياج إليها علية الأخرى له فلا استحالة فى اجتماعهما. لأنا نقول: احتياج الشىء إلى آخر فى وجوده وعدم احتياجه إليه فيه متناقضان، فلا يجتمعان سواء كانا مستندين إلى سبب واحد أو إلى سببين انتهى كلامه. فقد ظهر بما قررناه ما فى كلام بعض الفضلاء أيضا فى هذا المقام فلينظر إليه وليتأمل فيه (قوله إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة فى هذه الحالة) قال تاج الشريعة: هذا جواب إشكال كأنه يقول: إذا ثبت إباحته ينبغى أن لا يأثم، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح. فأجاب عنه بأنه يأثم إذا علم بالإباحة ولم يأكل حتى تلف لأنه يصير ساعيا فى إتلاف نفسه انتهى، واقتفى أثره الشارح العينى. أقول: لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الإشكال، إذ لا ممانعة للعلم فى أن لا يأثم الإنسان بترك المباح، فإن المباح من حيث أنه مباح لا يأثم الإنسان بتركه وإن علم إباحته، بل بالعلم بإباحته ينكشف عدم الإثم فى تركه، فكيف يحصل الجواب بقوله إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة فى هذه الحالة عما يقال إذا ثبت إباحته ينبغى أن لا يأثم، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح، فالوجه أن قول المصنف هذا إنما هو لبيان

لأنه لما أبيح) من حيث أن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الإقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما فى حالة المخمصة. وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لأن الإقدام على ذلك رخصة، إذ الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خمر وهى (قائمة) فإذا امتنع (كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم. قلنا: لا نسلم أن الحرمة قائمة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال – وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه – (والاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل فى صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) فامتناعه من التناول كامتناعه عن تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما (لكنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة فى هذه الحالة، لأن فى انكشاف الحرمة خفاء) لأنه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب فى أول الإسلام أو فى دار الحرب) فإن قيل: إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد. فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم، وهاهنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفضى إلى الحرام حرام. قال (وإن أكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) علم أن كل ما لا يعتبر إكراها فى تناول

(قوله فصار الترك حراما) أقول: فكان الفعل واجبا، والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف، وإن أراد أنه قد ينقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما

يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه فى شرب الخمر لما مر ، ففى الكفر وحرمته أشدّ أولى وأحرى . قال (وإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويورّى ، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به ، وقد قال له النبيّ عليه الصلاة والسلام « كيف وجدت قلبك ؟ قال مطمئنا بالإيمان ، فقال عليه الصلاة والسلام : فإن عادوا فعد » ، وفيه نزل قوله تعالى ـ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ـ » الآية .

أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر ، وترك الأكل فى مسئلتنا هذه ليس على إطلاقه ، بل فيما إذا علم بالإباحة فى هذه الحالة . وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه فى تركه لكونه معذورا بالجهل فى أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » الخ) قال جمهور الشراح : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » إن عادوا إلى الإكراه فعد طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعا كما زعمه البعض ، لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيلزم أن يكون إجراء كلمة الكفر مباحا ، وليس كذلك لأنه لاتنكشف حرمته أصلا انتهى . وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام . وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال : فيه بحث ، فإنه قد يكون الأمر للترخيص . قال العلامة النسفى فى أول كتاب الطلاق من الكافى : الأمر بالشىء لاينفى الحظر ، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لايقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره هناك ، فلم لايجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى . أقول : مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الأمر حقيقة هو الإباحة ، وإنما تستعمل فى الترخيص ونحوه مجازا ، ولابد فى المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة ، وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة ، وحقيقة الأمر إنما تتصور هاهنا بصرف الإعادة إلى الطمأنينة دون إجراء كلمة الكفر لما بينوا . وعن هذا قال العلامة النسفى هاهنا أى عد إلى طمأنينة القلب بالإيمان وما قيل فعد إلى ما كان منك من النيل منى وذكر آلهتهم بخير فغلط ، لأنه لايظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر

الميتة والخمر لايعتبر إكراها فى إجراء كلمة الكفر على اللسان لأن حرمة الكفر أشد . فإذا أكره على ذكره بما لايخاف به على النفس أو العضو لايصح الإقدام عليه ، وإذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمروه به من إجراء كلمة الكفر . لكنه يورّى . والتورية أن يظهر خلاف ما يضمر فجاز أن يكون المراد بها هاهنا اطمئنان القلب ، وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين فإن أظهر ما أمر به موريا كان أو غيره على المعنى الثانى وقلبه مطمئن بالإيمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث ابتلى به ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « كيف وجدت قلبك ؟ قال : مطمئنا بالإيمان ، قال : فإن عادوا فعد » . وفيه نزل قوله تعالى ـ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ـ » وقصته معروفة . ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « فعد » عد إلى طمأنينة القلب لا إلى الإجراء والطمأنينة جميعا ، لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيكون إجراء كلمة الكفر مباحا ، وليس كذلك

نحن فيه ، إذ الذى فرضناه سبب الإباحة هو سبب الوجوب بعينه ، وجوابه المنع ، فإن الإباحة أصلية حيث لم يتناوله النص المحرم فتأمل (قوله فجاز أن يكون المراد بها هاهنا اطمئنان القلب) أقول : فيه مسامحة (قوله وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول : قد يكون الإكراه على سجود الصنم أو الصليب مثلا ، ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه . فى أحكام القرآن . قال محمد بن الحسن : إذا أكرهه الكفار أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبى عليه الصلاة والسلام كان كافرا ، وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا ، فإن أعجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شىء ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا إذا كان قلبه مطمئنا بالإيمان انتهى (قوله على المعنى الثانى) أقول : يعنى هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره فى التورية بالمعنى الثانى لا الأول فإنه لابد منه (قوله لأن أدنى درجات الأمر الإباحة الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه قد يكون الأمر للترخيص . قال العلامة النسفى فى أول كتاب الطلاق من الكافى : الأمر بالشىء لاينفى الحظر ، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لايقع فى محظور فوقه كالحنث فى اليمين وقطع الصلاة ، إلى آخر ما ذكره هناك ، فلم لايجوز أن

ولأن بهذا الإظهار لايفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق ، وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه . قال (فإن صبر حتّى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لأن خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال فى مثله « هو رفيقى فى الجنة » ولأن الحرمة باقية ، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة ، بخلاف ما تقدم للاستثناء .

بالتكلم بكلمة الشرك إلى هنا كلامه (قوله ولأن بهذا الإظهار لايفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق ، وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : قوله ولأن بهذا الإظهار دليل معقول . ووجهه أن الإيمان لايفوت بهذا الإظهار حقيقة لأن الركن الأصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة ، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا ، لأن التكرار ليس بشرط ، وفى الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل إلى إحياء حقه اه كلامه . أقول : فى تقريره خلل . أما أولا فإن قوله لأن التكرار ليس بشرط فى تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد ، لأن عدم اشتراط التكرار لايستدعى قيام الإقرار تقديرا ، إذ لابد فيه من أن لايطرأ عليه مايضاده كما تقرّر فى موضعه ، والمفروض هاهنا طريانه عليه ، إذ الكلام فى إظهار كلمة الكفر وهو مضادّ للإقرار باللسان . فإن قلت : إظهارها إكراها لايضاده الإقرار طواعية ، وإنما يضاده إظهارها طواعية . قلت : هذا مبنى على جواز إظهارها حالة الإكراه وهو أول المسئلة ، فأخذه فى أثناء إقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء هاهنا إنه ككلام الناسى وجوده بمنزلة العدم ، فإنه أيضا مبنى على أول المسئلة فيستلزم المصادرة . وأما ثانيا فلأن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا ، وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة هاهنا أصلا ، وليس كذلك إذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما إذا صبر حتّى قتل ، ولا نسلم قول المصنف فيما سيأتى ، ولأن الحرمة باقية ، إذ الظاهر أن الحرمة لاتثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة ، بل التحقيق أن إجراء كلمة الكفر على اللسان حرام فى كل حال لاينسقط عنه الحرمة أصلا ، وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى ، بل هو كفر صورة فى حالة الإكراه ، وكفر صورة ومعنى فى حالة صحة الاختيار كما صرح به فى كتب الأصول ، إلا أن المبتلى بالإكراه عليه يصير معذورا حالة الإكراه فيسعه الميل إليه عند طمأنينة القلب إحياء لحقه مع بقاء حرمته أبدا (قوله ولأن الحرمة باقية ، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة ، بخلاف ماتقدم للاستثناء (واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله ـ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ـ

لأن الكفر لاتنكشف حرمته وموضعه أصول الفقه (قوله ولأن بهذا الإظهار) دليل معقول . ووجهه أن الإيمان (لايفوت بهذا الإظهار حقيقة) لأن الركن الأصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة ، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لأن التكرار ليس بشرط (وفى الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما (فيسعه الميل إلى إحياء حقه ، فإن صبر ولم يظهر الكفر حتّى قتل كان مأجورا ، لأن خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتّى صلب ، وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال فى مثله) أى فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيقى فى الجنة) وقصته معروفة أيضا (ولأن الحرمة باقية) لتناهى قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لإعزاز الدين ، بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر ، فإن الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم . واعترض بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله ـ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ـ من قوله ـ من كفر بالله من بعد إيمانه ـ فينبغى أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر . وأجيب بأن فى الآية تقديما وتأخيرا ، وتقديره : من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه ، وإنما

يكون ما ذكره هنا كذلك فليتأمل فإن الكلام مجالا (قوله لأن التكرار ليس بشرط) أقول : نعم ، إلا أن عدم طريان منافيه شرط وهاهنا قد طرأ . والجواب أنه ككلام الناسى وجوده بمنزلة العدم (قوله وأجيب بأن فى الآية تقديما وتأخيرا ، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا ، إلى قوله : إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) أقول : يعنى لانسلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لم لايجوز أن

قال (وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لأن مال الغير يستباح للضرورة كما فى حالة المخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره (لأن المكره آ لة للمكره فيما يصلح

من قوله ـ من كفر بالله من بعد إيمانه ـ فينبغى أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر . وأجيب بأن فى الآية تقديما وتأخيرا وتقديره : من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه ، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب ، وليس من ضرورة نفى الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة ، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما فى شهود الشهر فى حق المسافر والمريض ، فإن السبب موجود والحكم متأخر ، فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهى الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر ، كذا فى عامة الشروح . وعزاه فى النهاية إلى مبسوط شيخ الإسلام . قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب : وفيه نظر ، لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف على الحكم الذى هو معلوله ، وإن كان المراد بها السبب الشرعى كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره كما فى المثال المذكور من قوله تعالى ـ ومن كان مريضا أوعلى سفرفعدة من أيام أخر ـ ولادليل فيما نحن فيه على ذلك اهـ . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، فإنه يصح أن نختاركل واحد من شقى الترديد ولا يلزم محذور أصلا ، إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه فى علم الأصول ، وهو ماكان خارجا عن الشىء موثرا فيه . قوله فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذى هو معلوله ممنوع ، فإن وجوب مقارنه العلة الشرعية للمعلول إنما هو فى بعض أقسامها ، وهو ماكان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ماكان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله فى علم الأصول ، فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثانى فلا يمتنع التخلف ، ويجوز أن يراد بها السبب الشرعى كما هو الظاهر من التمثيل ، وهو ماكان خارجا عن الشىء

وضع عنهم العذاب والغضب ، وليس من ضرورة نفى الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما فى شهود الشهر فى حق المسافر والمريض فإن السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهى الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر . وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذى هو معلوله ، وإن كان المراد بها السبب الشرعى كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره كما فى المثال المذكور من قوله تعالى ـ ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ـ ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك . وعن هذا ذهب أبو بكر الرازى إلى أن الأمر فى قوله عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » للإباحة ، وقولهم لأن الكفر مما لاينكشف حرمته صحيح ، ولكن الكلام فى إجراء كلمة الكفر مكرها لا فى الكفر . قال (وإن أكره على إتلاف مال مسلم) وإن أكره رجل على إتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جاز له أن يفعل ذلك ، لأن مال الغير يستباح للضرورة كما فى حالة المخمصة وقد تحققت ، ولصاحب المال أن يضمن المكره لأن المكره آ لة للمكره فيما يصلح

يكون من قوله تعالى ـ فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم ـ لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل . وأنت خبير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لايصار إليه إلا لدليل (قوله كما فى شهود الشهر فى حق المسافر والمريض) أقول : الأظهر أن يقول كما فى صورة العفوفإن الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ ، نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف) أقول : ذلك فى العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل فى الأصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازى إلى أن الأمر فى قوله عليه الصلاة والسلام « فإن عادوا فعد » للإباحة) أقول : قال فى أحكام القرآن : وقول النبى عليه الصلاة والسلام لعمار رضى الله عنه « إن عادوا فعد » إنما هو على وجه الإباحة لاعلى وجه الإيجاب ولا على الندب . روى القاضى فى تفسيره بهذا اللفظ : فإن عادوا لك فعد لهم بما قلت ، وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل إلا بتكلف بعيد (قوله ولكن الكلام فى إجراء كلمة الكفر مكرها لافى الكفر) أقول : إجراء كلمة الكفر كفر وإن كان مكرها غايته أنه لايترتب حكم الكفر عليه

آلة له والإتلاف من هذا القبيل (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثما) لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة . قال (والقصاص على المكره إن كان القتل عمدا) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال زفر : يجب على المكره . وقال أبو يوسف : لايجب عليهما . وقال الشافعي : يجب عليهما . لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسا ، وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم ، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعي فى جانب المكره ، ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب إلى القتل منه ، وللتسبيب فى هذا حكم المباشرة عنده كما فى شهود القصاص . ولأبي يوسف أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا إلى التأثيم ، وأضيف إلى المكره من وجه نظرا إلى الحمل فدخلت الشبهة فى كل جانب . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه فى حق الإثم كما نقول فى الإكراه على الإعتاق .

ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا إليه فى الجملة . وقوله فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعى يوجب تأخيره ممنوع ، بل

آلة له ، والإتلاف من هذا القبيل) لأن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه . وقوله فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطء فإنه فيها لايصلح آلة له (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثما لأن قتل المسلم) بغير حق (مما لايستباح لضرورة ما فكذا بالإكراه) وهذا لانزاع فيه . وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية ، فإنه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا ، أو لايجب على واحد منهما ، أو يجب على المكره وحده ، أو على العكس . والأول قول الشافعي رحمه الله . والثانى قول أبي يوسف رحمه الله . والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . والرابع قول زفر رحمه الله . له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فإنه معاين مشاهد ، وكذا شرعا لأنه قرّر عليه حكمه وهو الإثم ، فإيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع ، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز إضافته إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله فى جانب المكره ويوجبه على المكره أيضا لوجود التسبيب إلى القتل منه ، وللتسبيب فى هذا : أى فى القتل حكم المباشرة عنده ، كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فإنه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب . ولقائل أن يقول : فى كلام المصنف تسامح ، لأن دليل زفر يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه إلى غيره أيضا . والجواب أن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة ، والشافعي يضيفه إلى الغير تسبيبا فلا تنافى . ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدى إلى غيره نظرا إلى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضى الله عنهم ، لأن تأثيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه ، وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه ، وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثارا لحياته ، والمحمول على الفعل بالطبع آلة لأن الآلة هى التى تعمل بالطبع ، كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال فى محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ، والفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة . فإن قيل : لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكره كالقتل . أجاب بقوله (ولا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فيبقى الفعل فى حق الإثم مقصورا عليه كما نقول فى الإكراه على الإعتاق) فإن إعتاقه ينتقل إلى المكره من

ولذا قيل : الإقرار ركن زائد ، والتفصيل فى الأصول (قوله والجواب أن دليله الخ) أقول : فيه بحث .

وفى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره فى الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا . قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق . قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه ،

السبب الشرعى مطلقا من حيث أنه سبب يجوز تخلف الحكم عنه ، إذ لابد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة ، فما لم تتحقق تلك العلة لايتحقق الحكم بمجرد السبب ، وهذا أيضا مع كونه مقررا فى علم الأصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعى ، فإن الإيصال فى الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم . والمثال المذكور فى الجواب ليس فى معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعى بل هو مسوق لمجرد التمثيل ، فتحقق دليل شرعى يدل على جواز تأخير الحكم هناك لايقتضى قيام دليل شرعى على جواز ذلك فى كل صورة على حدة ، على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفى حكمه وهو الغضب ، فإن خبيبا رضى الله عنه لما أكره على إظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال « هو رفيقى فى الجنة » ولو لم تبق الحرمة أبدا فى إظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ، ولما استحق المدح فى ذلك لأن فى الامتناع عن المباح فى تلك الحالة إعانة الغير على إهلاك نفسه وهى حرام ، فيلزم أن يأثم بذلك كما فى حالة المخمصة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه) قال فى العناية : ومنع صلاحيته لذلك لأن الإتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لايصلح آلة له فى حق التلفظ فكذا فى حق مايثبت فى ضمنه . وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آلة له فيه ، والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى إعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة إلى الإتلاف دون التلفظ اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن الانفكاك فى إعتاق الصبى إنما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الإعتاق ، وذلك لاينافى ثبوت الإعتاق فى ضمن التلفظ

حيث إتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم ، فإنه لو انتقل إليه من حيث التكلم أيضا لم يعتق العبد (و) كما نقول (فى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ، فإن الفعل ينتقل إلى المكره من حيث الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) وإذا ظهر أن المكره آلة للمكره فى القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخمصة فقتل إنسانا وأكل لحمه حتى بقى هو حيا إيثارا لحياته بطبعه فإنه يجب عليه القصاص وإن كان مضطرا كالمكره لأنه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف إلى نفسه . واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال : سواء كان هذا المكره الآمر عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الآمر ، وعزاه إلى المبسوط ، ونسبه شيخ شيخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله إلى السهو وقال : الرواية فى المبسوط بفتح الراء دون كسرها . ونقل عن أبى اليسر فى مبسوطه : ولو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل فى الحقيقة هذا الصبى أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه . قال (وإن أكرهه على طلاق امرأته) وإن أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكره عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فإن تصرفات المكره كلها باطلة ، إلا أن يكون إكراها بحق (وقد مر) دليل الفريقين (فى الطلاق ، ويرجع على المكره قيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه) ومنع صلاحيته لذلك لأن الإتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ ، وهو لايصلح آلة له فى حق التلفظ فكذا فى حق مايثبت فى ضمنه . وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آلة له فيه ، والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى إعتاق الصبى فيصح أن يكون آلة بالنسبة إلى الإتلاف دون التلفظ ، وإذا صح

(قوله ونسبه شيخ شيخى علاء الدين عبد العزيز إلى السهو) أقول : يريد شيخه الإمام العلامة قوام الدين أبا عبد الله محمد بن أحمد السكاكى مصنف معراج الدراية فى شرح الهداية (قوله ومنع صلاحيته لذلك) أقول : أشار بقوله لذلك إلى قوله صلح آلة له من حيث الإتلاف (قوله والتلفظ قد ينفك عنه فى الجملة كما فى إعتاق الصبى) أقول : فيه تأمل ، فإن الذى يهمنا ثبوت الإعتاق لافى ضمن التكلم كما إذا ورث القريب .

فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا ، ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ،

البتة ، وإنما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الإعتاق بدون ثبوت التلفظ ، وهذا غير متحقق فى صورة إعتاق الصبىّ فلم يتم التمثيل ولا التقريب . وكأن بعض الفضلاء تنبه لمذاحيث قال : فيه تأمل . فإن الذى يهمنا ثبوت الإعتاق لا فى ضمن التكلم كما إذا ورث القريب اه . أقول : لكن فيه أيضا خلل . فإن الثابت فى صورة إن ورث القريب إنما هو العتق دون الإعتاق كما صرحوا به قاطبة ، وقد مرّ فى كتاب الولاء مفصلا . والكلام هاهنا فى الإعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى . فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب . ثم أقول : لافائدة لحديث الانفكاك أصلا فى الجواب هاهنا فإن كون ثبوت الإتلاف فيما نحن فيه فى ضمن التلفظ أمر مقرر لايقبل الإنكار ، فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة . ولا يجدى شيئا فى دفعه انفكاك الإتلاف عن التلفظ فى صورة أخرى . فالحق عندى فى الجواب أن يقال : لايلزم من عدم صلاحية المكره للآلية فى حق التلفظ عدم صلاحيته لها فى حق ماثبت فى ضمنه وهو الإتلاف ، لأن عدم صلاحيته لها فى حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير ، وهى غير متحققة فى حق ماثبت فى ضمنه من الإتلاف ، فإن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا) لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار . كذا فى الكافى وغيره . فإن قيل : ينبغى أن لايضمن المكره لأنه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء ، والإتلاف بعوض كلا إتلاف . أجيب بأن الإتلاف بعوض إنما يكون كلا إتلاف إذا كان العوض مالا ، كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لاضمان على المكره لأنه حصل للمكره عوض ، أوكان فى حكم المال كما فى منافع البضع إذا أتلفها مكرها ، لأن منافعه تعدّ مالا عند الدخول ، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ؛ ألا ترى أن شاهدى الولاء إذا رجعا لايضمنان ، كذا فى الشروح . أقول : هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذى رحم منه فعتق عليه فإن المكره لايرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم ، نص عليه فى البدائع ، ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأنه لم يقل به أحد كما قالوا فى منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض إذا أعتق

كونه آلة صحت الإضافة إليه (فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا ، ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما إذا قال المكره أردت بقولى هو حرّ عتقا مستقبلا كما طلب منى فإنه يعتق العبد قضاء وديانة . ويضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمره به على وفق ما أكرهه ، وكذا إذا قال لم يخطر ببالى سوى الإتيان بمطلوبه ، وإن قال خطر ببالى الإخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا إنشاء الحرية عتق العبد قضاء لاديانة لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعا فى الإقرار فلا يصدقه القاضى فى دعوى الإخبار كاذبا ، ولا يضمن المكره شيئا لأن العبد عتق بالإقرار طائعا لا بالإكراه . فإن قيل : ينبغى أن لايضمن المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء ، والإتلاف بعوض كلا إتلاف . فالجواب أنا لانسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوّضا عما أتلفه بما لاتعلق له به أصلا . سلمناه ولكن إنما يكون كلا إتلاف إذا كان العوض مالا كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لاضمان على المكره لأنه حصل للمكره عوض ؛ أو فى حكم المال كما فى منافع البضع إذا أتلفها مكرها لأن منافعه تعدّ مالا عند الدخول ، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ؛ ألا ترى أنه إذا شهدا بالولاء ثم رجعا لايضمنان . وأما عدم السعاية فلأنها إنما تجب للتخريج إلى الحرية) كما هو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه أن المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا (أو لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شىء

(قوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لاتعلق له به أصلا) أقول : وكذا طعام الغير ومنافع البضع لاتعلق لهما بالمكره . فالسند أعم ، ولعله لذلك بادر إلى التسليم .

ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه . قال (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول . وإن لم يكن فى العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها ، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لأن الإكراه مؤثر فى فساد العقد ، والوكالة لاتبطل

عبده وعليه دين . لأن السعاية تجب ثمة لحق الغرماء ، وبخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق المرتهن ، كذا فى الكافى وعامة الشروح . قال صاحب العناية بدل ذلك : بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اهـ . أقول : لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكره الراهن على إعتاقه فى شىء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فإنه قال فيه هاهنا : ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج إلى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته ، وأما هاهنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شىء اهـ . ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغترّ به صاحب العناية ، لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لايوجب السعاية عليه ، بل لابد من أن لايقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا : إذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الإعسار . ولا يخفى أن الراهن فيما إذا أكره على إعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على إيفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد

من موجبى السعاية . بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به ، وهذا على مذهب أبى حنيفة سالم عن النقض ، وأما على مذهبهما فإنه ينتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية ، وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه ، ويزاد لهما فى التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأنه مؤاخذ بإتلافه) يعنى أن المكره إنما يضمن من حيث أنه جعل متلفا للعبد حكما ، فكأنه قتله والمقتول لايضمن شيئا . قال (ويرجع بنصف مهرالمرأة) الجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا ، إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد فى حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره ، إلا أن الرجوع هاهنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد ، وإن لم يسمّ رجع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة فى الكل واحدة وهو الإتلاف . أما فى العتق فقد تقدم . وأما فى الطلاق فلقوله لأن ما عليه : أى على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه ، أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى ، وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها ، فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالإيجاب ، فكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان إتلافا للمال من هذا الوجه ، والمكره فى حق الإكراه بمنزلة الآلة فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف ، بخلافه ما إذا دخل بها لأن المهر تقرّر بالدخول لا بالطلاق فبقى مجرد إتلاف ملك النكاح ، وهو ليس بمال عند الخروج ، وما ليس بمال لايضمن بمال ـ ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لايضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أى طلق أو أعتق (فهو جائز استحسانا) والقياس أن لايجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه . وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر فى فساد العقد فكان كالشرط الفاسد ، والشروط الفاسدة لاتؤثر فى فساد الوكالة . أما أنه كالشرط

(قوله بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول : إن ثبت الرواية فى هذه المسئلة فلا كلام ، وإلا فينبغى أن لاتجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره المكره رهنا بدل العبد فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير .) أقول : أراد من الغير الورثة أو الدائن فى المريض وأراد المرتهن فى الرهن (قوله نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد فى حق وقوع الطلاق)

بالشروط الفاسدة ، ويرجع على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل ، والنذر لايعمل فيه الإكراه لأنه لايحتمل الفسخ ، ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لامطالب له فى الدنيا فلا يطالب به فيها ، وكذا اليمين ، والظهار لايعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ ، وكذا الرجعة والإيلاء والفىء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل ، والخلع من جانبه طلاق أو يمين لايعمل فيه الإكراه ، فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام .

فإن له أن يضمنه إياها لما ذكر فى الكتاب فكان ينبغى أن لاتجب السعاية على العبد . ثم إن قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على إعتاقه الخ لايكاد يصح هاهنا لأن تلك الصورة داخلة هاهنا فى إطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه، بخلاف الصورتين المذكورتين فى الكافى وعامة الشروح فإنهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه ، فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين مانحن فيه، وكذا قول تاج الشريعة . وأما هاهنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد ، فإنه يشعر بالمخالفة أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه ، مع أنها داخلة فى إطلاق مانحن فيه كما لايخفى ، وأيضا لو وجب السعاية على العبد فى الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من

الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرطا شرط فاسدا فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد . وأما أن الوكالة لاتفسد بالشروط الفاسدة فلأنها من الإسقاطات ، فإن تصرف الوكيل فى مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه ، فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لايرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة ، وزوال الملك لم يقع بها ، فإن الوكيل قد يفعل وقد لايفعل فلا يضاف التلف إليه ، كما فى الشاهدين شهدا أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا . وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك ، وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن ، ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه (قوله والنذر لايعمل فيه الإكراه) بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لايعمل فيه ، وضابط ذلك أن كل مالا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لايعمل فيه الإكراه من حيث منع الصحة . لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر فى عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق ، فما لايحتمل الفسخ لايعمل فيه الإكراه فيصح النذر مع الإكراه ، فإن أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به فى الدنيا فلا يطالب به غيره فيها ، وكذا إذا أكره على يمين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إيلاء فآلى أو على فىء إليها باللسان) ففعل صح (لأنها) أى الرجعة والإيلاء والفىء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لايحتمل الفسخ ، فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا إتلاف بغير حق ، وإن عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لأنه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه . وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد ، وإن ترك التى آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ، ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من القربان فى المدة ، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق ، وإن قربها وكفر لم يرجع على المكره بشىء ، لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه ، وإن أكرهه على أن يخالع امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر ، والإكراه لايمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لايعمل فيه الإكراه (فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام) بإزاء ما سلم لها

أقول : الأظهر أن يقول فى حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول : أنت خبير بأن الفاء هنا ليست فى محلها ، والأحسن تبديلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لايعمل) أقول: بيان فى الأول التزاما ، وفى الثانى صريحا

قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبى حنيفة ، إلا أن يكرهه السلطان : وقال أبو يوسف ومحمد لايلزمه الحدّ) وقد ذكرناه فى الحدود .

أن السعاية إنما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية ، إذ لاتخريج إلى الحرية فى تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالإعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانيا فلزم أن لايتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما فى ذيل شرح هذا المحل ، وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبى حنيفة سالم عن النقض . وأما على مذهبهما فمنتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه فيزاد لهما فى التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لايجب الحدّ) وجه قولهما أن المعتبر فى الإكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر ، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا ، لأن السلطان يعلم أنه لايفوته فهو ذو أناة فى أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل فى الإيقاع . ووجه قوله إن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان . فإن اتفق فى موضع لايتمكن من ذلك فهو نادر لاحكم له فلا يسقط به الحد . كذا فى العناية والنهاية ، وهو المطابق لما ذكره المصنف فى كتاب الحدود . أقول : يتجه على الوجه المذكور من قبل أبى حنيفة

من البينونة ، ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به . فإن قيل : إن خالعها وهى غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أو لا ؟ قلنا : لايخلو أما إن ساق الزوج المهر إليها كله أولا ، فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق ، أما عندهما فظاهر ، لأن الخلع على مال مسمى لايوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح . وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الإكراه لاتصح ، وإن لم يسق رجع عندهما خلافا له لأنه غير مكره فى هذه الصورة على البراءة . قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ) قال أبو حنيفة أوّلا : إن أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحدّ لأن الزنا من الرجل لايتصوّر إلا بانتشار آلته وذلك لايكون إلا بلذاذة وذلك دليل الطواعية ، بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ، ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية . ثم رجع وقال : لا حدّ عليه إذا كان المكره هو السلطان ، لأن الحدّ للزجر ولا حاجة مع الإكراه ، لأن الانزجار كان حاصلا إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة ، فيصير ذلك شبهة فى إسقاط الحدّ عنه ، وانتشار الآلة لايدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعى ينتشر من النائم من غير اختيار . وهذا وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنه لايلزمه الحدّ . وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم فى أول هذا الكتاب ، وقيل من قبيل اختلاف الحكم . ووجه قولهما أن المعتبر فى الإكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الإيقاع ، وخوف المكره الوقوع كما مر ، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا ، لأن السلطان يعلم أن لايفوته فهو ذو أناة فى أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل فى الإيقاع . ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه ، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان . فإن اتفق فى موضع لايتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ، ثم فى كل موضع وجب الحدّ على المكره لايجب لها المهر . لأن الحد والمهر لايجتمعان عندنا بفعل واحد ، وفى كل موضع سقط الحدّ وجب المهر لأن الوطء فى غير الملك لاينفك عن أحدهما ، فإذا سقط الحد وجب المهر إظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك . أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها . وأما الثانى فلأن الإذن له ليس بحل الوطء فكان إذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا

(قوله فإن اتفق فى موضع لايتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول : قال الإتقانى : الإكراه من غير السلطان لو كان فى غير المصر اعتبر بالإجماع انتهى . فقول الشارح فإن اتفق فى موضع ينبغى أن يكون معناه حينئذ فى موضع من المصر تدبر .

قال(وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) لأن الردة تتعلق بالاعتقاد . ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لايكفر وفى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

رحمه الله أن يقال : ندرة ذلك ممنوع ، كيف ووقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما فى المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ، ولئن سلم الندرة فأن لايكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود سيما فى حد الزنا كما نحن فيه ممنوع ، إذ لاشك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة . قال فى غاية البيان فى هذا المقام : ودليلهما ظاهر ، لأن الكلام فيما إذا جاء من غير السلطان ما يأتى من السلطان فى موضع لا مدفع له عادة ، وفى مثل هذا السلطان وغيره سواء ، ألا يرى أنه لو كان فى غير المصر اعتبر بالإجماع . ولأبى حنيفة أن هذا مما لايغلب عليه عادة إذا كان فى المصر ، لأن الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع . والحكم لاينبنى على النادر ، حتى لو كان فى موضع يغلب كما فى غير المصر نعتبره كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين فى شرح الكافى انتهى . أقول : على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة ، ولكن يبقى منع أن لايكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله . ثم أقول : إطلاق مسئلة الكتاب وإطلاقات عامة المعتبرات فى أن حكم الإكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لايساعد القول بأن الإكراه من غير السلطان فى غير المصر معتبر بالإجماع . يظهر ذلك بالتأمل فى عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات . قال الإمام قاضيخان فى أول كتاب الإكراه من فتاواه : الإكراه لايتحقق إلا من السلطان فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وفى قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به ، وعليه الفتوى انتهى . وقال فى الذخيرة والمحيط البرهانى : ومن شرط صحته أن يكون الإكراه من السلطان عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما إذا جاء من غير السلطان مايجيء من السلطان فهو إكراه صحيح شرعا . والاختلاف على هذا الوجه مذكور فى مسئلة الزنا . وصورتها : غير السلطان إذا أكره رجلا على الزنا فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزانى كأنه باشر الزنا طوعا ، وعلى قولهما لاحد عليه ، فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم فى الزنا خاصة . وأما فى غيره فإكراه غير السلطان وإكراه السلطان سواء عندهم جميعا . ومنهم من قال : الخلاف فى الزنا وغيره من الأحكام أيضا سواء . واختلفوا فيما بينهم : بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان . وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر (قوله لأن الردة تتعلق بالاعتقاد، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لايكفر وفى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك) قال صاحب العناية : ويجوز أن يجعل كلامه دليلين : أحدهما أن يقال إن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه . والثانى

(وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة بتبدل الاعتقاد ، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لم يكفر ، وفى تبدله شك) وكان الإيمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك ولا مايترتب عليها من البينونة ، ويجوز أن يجعل كلامه دليلين : أحدهما أن يقال إن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه . والثانى أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفى اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لايطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البينونة) المترتبة على الكفر (بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك . وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

(قال المصنف : وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه) أقول : قال العلامة الزيلعى : هذا إذا قال لم يخطر ببالى شيء ونويت ما طلب منى وقلبي مطمئن بالإيمان فإنه حينئذ لاتبين امرأته ديانة ولا قضاء لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخلص ، وإجابة ماطلب منه فى حالة الإكراه مرخص له دون غيرها من الأحوال ، حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان كفر من ساعته لأنه رضى بإجراء كلمة الكفر على لسانه من غير إكراه ، فصار نظير مالو نوى أن يكفر فى وقت فى المستقبل انتهى ، وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول : لافرق بين هذين الدليلين فى المعنى ، بل فى اللفظ فقط كما لايخفى .

فالقول قوله استحسانا ، لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الأعتقاد ومع الإكراه لايدل على التبدل فكان القول قوله ، بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما ، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام فى الحالين لأنه يعلو ولا يعلى ،

أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفى اعتماده الكفر شك لأنه أمر مغيب لايطلع عليه إلا بترجمة اللسان ، وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام ، لأن ما زعمه دليلين متحدان فى المعنى ، وإنما التغاير بينهما فى بعض الألفاظ وهو تبدل الاعتقاد فى الأول واعتقاد الكفر فى الثانى ، ولا ريب أن تبدل اعتقاد المسلم إنما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فما معنى جعلهما دليلين ، وإن جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما فى اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا ، لأن الواقع فى كلام المصنف هو اللفظ الثانى دون الأول كما ترى (قوله فالقول قوله استحسانا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهى بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لايدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل : وجه الاستحسان أن اللفظ يعنى كلمة الكفر غير موضوع للفرقة : يعنى لم يظهر منها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق ، بل دلالته عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب ، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لايدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه . أقول : فيه خلل ، فإن قوله فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لايكاد يتم ، إذ لابد فى المجاز من كون اللفظ مستعملا فى المعنى المجازى ، ولا شك أن اللفظ هاهنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل فى الفرقة لاحقيقة ولا مجازا ، وإنما هى : أى الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردىء ، فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة ، فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لابطريق الأصالة فصارت من قبيل مستتبعات الألفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ماعرف فى علم البلاغة . فإن قلت : يجوز أن يراد بالمجازية هاهنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقى إلى أىّ شىء كان ، لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقى إلى المعنى المجازى فقط فتعم مستتبعات الألفاظ أيضا . قلت : هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبل : يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل . فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ماذكره صاحب النهاية معزيا إلى الإيضاح حيث قال : وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة ، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد ، والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة ، كذا فى الإيضاح اه . (قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما ، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام فى الحالين لأنه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية :وكأن هذا إشارة إلى ماقاله الإمام أبومنصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه: إن الإيمان هو التصديق ، والإقرار باللسان شرط إجراء الأحكام ، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه ، فإنهم يجعلون الإقرار ركنا انتهى . أقول : فيه نظر ، فإن ما ذكر فى الكتاب كيف يكون إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدى

فالقول قوله استحسانا)وفى القياس : القول قولها فتقع الفرقة ، لأن التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكره كما فى الطلاق . وجه الاستحسان(أن اللفظ) يعنى كلمة الكفر(غير موضوع للفرقة) يعنى لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما فى القلب ، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ، ومع الإكراه لايدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (ف)لهذا (كان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لايكون لفظه (رجحنا الإسلام فى الحالين) قيل أى فى حال الإكراه على الردة والإكراه على الإسلام (لأن الإسلام يعلو ولا يعلى) فلم يجعل كافرا فى الصورة الأولى

وهذا بيان الحكم . أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ،ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهى دارئة للقتل . ولو قال الذى أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة . لأنه أقرّ أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه . وحكم هذا الطائع ما ذكرناه . ولو قال أردت ماطاب منى وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء . لأنه أقرّ أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره . وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسبّ محمد النبىّ عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبىّ عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة ، ولو صلى للصليب وسبّ محمدا النبى عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسبّ غير

مع تمشيته على المذهبين معا ، بل تمشيته على المذهب الثانى أظهر فى حال الإكراه على الإسلام ، لأن الإقرار إذا كان ركنا من الإيمان كان المكره على الإسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم بإسلامه ، فإنه لما تحقق أحد ركنى الإسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الإسلام ترجيحا لجانبه ، بخلاف ما إذا كان الإيمان هو التصديق وكان الإقرار شرطا لإجراء الأحكام ، فإنه على هذا لايتحقق شيء من ركنى الإيمان فى المكره على الإسلام ، وإنما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الإيمان شرط لإجراء الأحكام ، فوجه الحكم بالإسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لإجراء أحكامه لايظهر ظهوره فى الأول . لايقال : كيف يتمشى ما فى الكتاب على المذهب الثانى فى حال الإكراه على الردة ، وعلى تقدير أن يكون الإقرار ركنا من الإيمان يلزم أن يثبت حكم الردّة بإجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفى الإقرار إذ ذاك ، وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لامحالة . لأنا نقول: إن من قال بأن الإقرار ركن من الإيمان لم يقل إنه ركن أصلى منه كالتصديق ؛ بل قال: إنه ركن زائد والتصديق ركن أصلى ، وفسر معنى كونه ركنا زائدا بأن الشارع اعتبره فى وجود المركب ، لكن إن عدم بناء على

وجعل مسلما فى الصورة الثانية ترجيحا للإسلام (وهذا فى حق الحكم ، أما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم) وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدى وهو المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الإيمان هو التصديق ، والإقرار باللسان شرط إجراء الأحكام ، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فإنهم يجعلون الإقرار ركنا (ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أى شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارئة للقتل) (قوله ولو قال الذى أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك : يعنى لو قال فى جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لاديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الإنشاء دون الإقرار . ومن أقرّ بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لايصدقه القاضى لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية ، لكنه يصدّق ديانة لأنه ادعى مايحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب منى من الكفر وقد خطر ببالى الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لأنه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوى ذلك ، والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان . فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة . والحاصل أن المكره على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه : فى وجه لايكفر لا قضاء ولا ديانة ، وفى وجه يكفر فيهما جميعا ، وفى وجه يكفر قضاء يفرق القاضى بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة ، وذلك لأنه إذا أجراها فإما أن يخطر بباله غير ماطلب منه أو لا . والثانى هو الأول ، والأول إن خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الإخبار عما مضى كاذبا وأراده فهو الثالث ، وإن لم يرده فهو الثانى . وإذا ظهر لك هذا

(قوله وكأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدى) أقول: فيه بحث لخفاء الإشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الإقرار ركنا فإن الحكم به إذ هو الظاهر لنا ، وليس فى كلامه ما يدل على شرطيته للحكم .

النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر ، وقد قررناه زيادة على هذا فى كفاية المنتهى ، والله أعلم .

(كتاب الحجر)

ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك فى كتب الأصول بما لا مزيد عليه ، فعلى هذا يظهر تمشى ما فى الكتاب على هذا المذهب أيضا فى حال الإكراه على الإسلام والإكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف .

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار ، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة ، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم ، كذا فى الشروح . ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهى أحد قطبى أمر الديانة ، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى ، وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم فى الحجر ، فجعل بعضهم أولى الرأى والنهى ، ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع إلى معاملات الدنيا ، كالمجنون الذى هو عديم العقل ، والمعتوه الذى هو ناقص العقل ، فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما ، لأن الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما ، إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يردهما ، وكذلك حجر الصبي والرقيق . أما الصبىّ فى أول أحواله كالمجنون وفى آخرها كالمعتوه ، فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع فى حق الصبىّ . وأما الرقيق فإنه يتصرف فى مال غيره لأنه لا مال له ، ولا يستعمل من يتصرف فى مال الغير مثل استعماله فى مال نفسه عادة ، فسدّ باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرا للمولى ، ثم إن الحجر فى اللغة هو المنع فإنه مصدر حجر عليه القاضى إذا منعه . وفى الشريعة هو المنع عن التصرف فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون ، كذا فى النهاية والعناية . أقول : فيه قصور . أما أولا فلأن الحجر فى الشريعة ليس هو المنع عن

أمكنك أن تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسبّ النبىّ صلى الله عليه وسلم . وقوله (لما مر) إشارة إلى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب الحجر)

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب اختياره ، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة ، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم ، وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة ، والآخر التعظيم لأمر الله . وهو فى اللغة عبارة عن المنع ، وفى عرفهم هو

(كتاب الحجر)

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهى أحد قطبى أمر الديانة ، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى ، وهو فى اللغة عبارة عن المنع) أقول : قوله هو فى الموضعين راجع إلى الحجر ، وقوله وهى راجع إلى الشفقة .

قال (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر ، والرق ، والجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا تصرف المجنون المغلوب بحال . أما الصغير فلنقصان عقله ، غير أن إذن الولى آية أهليته ، والرق لرعاية حق المولى كى لايتعطل منافع عبده . ولا يملك رقبته بتعلق الدين به ، غير أن المولى بالإذن رضى بفوات حقه ، والجنون لاتجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال . أما العبد فأهل فى نفسه والصبى ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق . قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ، إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه) لأن التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه ؛ وفى الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة . والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لايرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره كما بينا فى الوكالة . فإن قيل : التوقف عندكم فى البيع . أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر .

التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سيأتى فى الكتاب من أن هذه المعانى الثلاثة يعنى الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال . وأما ثانيا فلأن المحجور عليه غير منحصر فى الصغير والرقيق والمجنون . بل المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس محجور عليهم عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله . كما صرحوا بذلك كله فى عامة المعتبرات ، وسيأتى فى الكتاب شيئا فشيئا ؛ فقوله فى ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد . وبالجملة فى التعريف المزبور تقصير من حيث إطلاق المقيد وتقييد المطلق . وقال فى الكافى : الحجر فى اللغة المنع . وفى الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى . أقول : فيه تدارك للمحذور الأول . ولكن يبقى المحذور الثانى على حاله كما لايخفى ، فالأولى ما ذكر فى معراج الدراية فإنه قال فيه : ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر حجر عليه . وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأى سبب كان انتهى تدبر (قوله الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : الصغر ، والرق ، والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق . وألحق بما اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهى : المفتى الماجن ، والمتطبب الجاهل ، والمكارى المفلس . وأما حجر المديون والسفيه بعد مابلغ رشيدا فعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، كذا فى الشروح . أقول : قد أطبقت كلمة الفقهاء فى كتب الفروع على إدراج العته فى الجنون

المنع عن التصرف فى حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون . وأسبابه مصادر هذه الأسامى . وألحق بها المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس بالاتفاق . ولما كان أسبابه ماذكرنا لم يجز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما . وأما الذى لايكون مغلوبا وهو الذى يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبى العاقل كما سيجىء . أما عدم جواز تصرف الصبى فلنقصان عقله وأهلية التصرف إنما هى بالعقل لكن أهليته مترقبة ، وإذن وليه آية أهليته . وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كى لاتتعطل عليه منافع عبده ، فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذى باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التى هى منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ، ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب ، غير أن المولى إذا أذن فقد رضى بفوات حقه ، والجنون الغالب لايجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال . قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد بهؤلاء الصبى والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق ، وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينعقد موقوفا إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لإفادة هذا الحكم : أعنى كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل ، فإن بيعه ليس لإفادة هذا الحكم (والولى بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه ، لأن التوقف فى العبد لحق المولى فيتخير فيه وفى الصبى والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر ، وأراد سؤالا على الشراء وهو أن الأصل فى الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على مامر من بيع الفضولى فكيف ينعقد هاهنا موقوفا على الإجازة . وأجاب بأن عدم التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفاذا كما فى شراء

قلنا : نعم إذا وجد نفاذا عليه كما فى شراء الفضولى ، وهاهنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه . قال (وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال) لأنه لامردّ لها لوجودها حسا ومشاهدة ،

وجعل الأسباب الأصلية المتفق عليها ثلاثة وهى : الصغر ، والرق ، والجنون . وفى كتب الأصول على جعل العته قسيما للجنون كسائر الأمور المعترضة على الأهلية ومخالفا له فى أكثر الأحكام ، فقد خالف اصطلاحهم فى الفروع اصطلاحهم فى الأصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعانى الثلاثة) التى هى الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الأقوال، حتى أوجب التوقف فى الأقوال التى تردد بين النفع والضر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون ، والعبد . وأوجب الحجر من الأصل بالإعدام فى حكم أقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق فى حق الصغير ، والمجنون دون العبد فإنه يملك الطلاق ، كذا فى النهاية والكفاية . قال صاحب العناية فى حل هذا المحل : وهذه المعانى الثلاثة : يعنى الصغر والرق والجنون توجب الحجر فى الأقوال : يعنى ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء : أى هذه المعانى توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد . وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد ، وأما مايتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فإنه لاحجر فيه على العموم انتهى كلامه . أقول : خصص الشارح المزبور الأقوال المذكورة فى مسئلة الكتاب بالأقوال المترددة بين المنع والضر حيث قال : أعنى ماتردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء ، فلما أخرج عن الأقوال ماتمحض نفعا وما تمحض ضررا وكان فائدة إخراج الأول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلا دون فائدة ثبوت إخراج الثانى لثبوت الحجر فيه أيضا فى حق الصغير والمجنون خصص معنى إيجاب الحجر أيضا حيث قال : أى هذه المعانى توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد ، وأشار بذلك إلى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض ضررا من الأقوال ، ونبه عليه بقوله : وأما مايتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد . ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشىء من التخصيصين المذكورين يلزم إذ ذاك محذوران : أحدهما أنه على ذلك المعنى الذى ذهب إليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسئلة وهى قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الأقوال معنى المسئلة السابقة وهى قوله : ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولى بالخيار ، إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء

الفضولى . وهاهنا لم نجد ذلك لعدم أهلية فى الصبى والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه . قال صاحب النهاية : هذا الذى ذكره عن الإشكال إنما يرد على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه : ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى ، أما هاهنا يعنى فى الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الإشكال ، ولكن جعل المذكور فى القدورى مذكورا وهاهنا فأورد الإشكال وهو موجود فى بعض النسخ ، وكذا فى نسخة سماعى ، وكذا ذكره شيخى فى شرحه (قوله وهذه المعانى الثلاثة) يعنى الصغر والرقّ والجنون (توجب الحجر فى الأقوال) يعنى ماتردد منها بين النفع والضرّ كالبيع والشراء : أى هذه المعانى توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد . وأما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد . وأما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فإنه لاحجر فيه على العموم (قوله دون الأفعال) يعنى أن المعانى الثلاثة لاتوجب الحجر عن الأفعال(لأن الشأن أن الأفعال لامردّ لها) حتى إن ابن آدم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها وجب عليه الضمان فى الحال ، وكذلك العبد والمجنون إذا أتلفا شيئا لزمهما الضمان فى الحال (لأن الأفعال توجد حسا ومشاهدة) ويحصل بها الإتلاف ، والإتلاف بعد الحصول لايمكن أن يجعل كلا إتلاف ،

(قوله وكذا ذكره شيخى فى شرحه) أقول : أراد الكاكى (قوله يعنى ما تردد منها بين النفع والضر) أقول : الأولى عندى هو تعميم الأقوال لما تمحض ضررا ، وما تردد بين النفع والضر ونفاذ طلاق العبد لايضر لما سيخصصه المصنف من هذا العموم (قوله فإنه يوجب الإعدام من الأصل) أقول : فلا ينعقد (قوله فى حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول : فى البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

بخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ

فسخه فلا يكون فى إعادة الثانية فائدة إلا تجرّد كونها توطئة لقوله دون الأفعال . وثانيهما أنه لايناسب حينئذ إدراج مايتمحض ضررا من الأقوال كالطلاق والعتاق ، والإقرار فى المسائل المتفرعة على هذا الأصل وهو قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الأقوال ، وقد أدرجه فيها فى الكتاب حيث قال فيما بعد : والصبىّ والمجنون لايصح عقودهما ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما . وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعا على الأصل المذكور . وقد وقع التصريح بفاء التفريع فى مختصر القدورى فى قوله فالصبى والمجنون لايصح عقودهما ولا إقرارهما. ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال فتعين التفريع بنفس عبارته. فالوجه عندى أن اللام فى الأقوال فى قوله توجب الحجر فى الأقوال للجنس، وأن المراد بإيجاب الحجر فى قوله توجب الحجر فى الأقوال مايعم إيجاب التوقف على الإجازة كما فى الأقوال المترددة بين النفع والضرّ ، وإيجاب الإعدام من الأصل كما فى الأقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج إلى إخراج هذا القسم : أعنى ماتمحض ضررا عن الأقوال المذكورة فى الأصل المسفور . بل هذا القسم أيضا داخل فى جنس الأقوال فيشمله ذلك الأصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه ، ولا يضرّ عدم تحقق الحجر فى الأقوال التى تتمحض نفعا ، لأن تحقق الحجر فى جنس الأقوال لايقتضى تحققه فى جميع أفرادها فصار الأصل المزبور مجملا وما فرّع عليه من المسائل تبيينا له ، فما جعل فى تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر ، وما لا فلا تأمل تقف (قوله بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول : فيه إشكال ، لأن الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الأقوال المعتبرة فى الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها فى الشرع ، ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا ، وكذا عتاق الحرّ البالغ العاقل هازلا ، وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر فى الشرع على ماصرحوا به فى مواضعها سيما فى مباحث الهزل من كتب الأصول ، مع أن الهزل ينافى القصد لامحالة . فإن عدم القصد والإرادة معتبر فى نفس مفهوم الهزل . وقال فى العناية : فإن قيل : الأقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الأفعال ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أن الأقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هى دلالات عليها ، ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها ، فبعد ما وجدت لايمكن أن تجعل غير موجودة . والثانى أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا

(بخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبىّ والمجنون قصد لقصور العقل فينتفى المشروط به . وأما فى العبد فالقصد وإن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره. فإن قيل: الأقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الأفعال ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أن الأقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هى دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله ، فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم ، بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لايمكن أن تجعل غير موجودة . والثانى أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدّا وقد يقع هزلا ، فلا بد من القصد . ألا يرى أن القول من الحرّ العاقل البالغ إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة ، بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها ، وقوله (إلا إذا كان) استثناء من قوله لا مردّ لها : يعنى أن الأفعال إذا وجدت لا مردّ لها ، لكن إذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد فى ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص .

(قوله لأن اعتبارها حال كونها موجودة) أقول : لايخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار : أى اعتبارها مفيدة للأحكام بالشرع ، ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والأحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول : لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد فى اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول : السؤال أنه لم لم يكن بد من القصد .

بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة في حق الصبيّ والمجنون. قال (والصبيّ والمجنون لاتصح عقودهما ولا إقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبيّ والمعتوه » والإعتاق يتمحض مضرّة ، ولا وقوف للصبيّ على المصلحة فى الطلاق بحال لعدم الشهوة ، ولا وقوف للولىّ على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة ، فلهذا

فلابد من القصد ؛ ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة ، بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى . أقول : فى كل من وجهى الجواب نظر . أما فى الأول فإنه غير متمشّ فى الإنشاءات لأنها إيجادات لايمكن تخلف مدلولاتها عنها ، ولا يخفى أن أكثر الأقوال المعتبرة فى الشرع فى إفادة الأحكام الشرعية من قبيل الإنشاءات فلا يتم التقريب . وأما فى الثانى فلأنه منتقض بما تساوى فيه الجد والهزل من الأقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبيّ والمجنون لاتصح عقودهما ولا إقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم فى قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولىّ بالخيار ، وإنما أعاد المسئلة تفريعا على الأصل المذكور ، وهو أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتنساق القوليات فى موضع واحد ، كذا فى العناية والنهاية . قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبيّ والمجنون الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لايحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى . وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هاهنا ، فإنه قال : أراد بقوله لايصح لاينفذ لأن بيعهما وسائر تصرفاتهما الذى يتردد بين النفع والضرّ موقوف على إجازة الولى ، ألا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولىّ بالخيار ، إن شاء أجازه . إلا إذا أريد بقوله والصبى من لايعقل أصلا وبقوله والمجنون الذى لايفيق أصلا فحينئذ يجرى قوله ولايصح على ظاهره انتهى كلامه . أقول : لا مساغ لذلك الاحتمال لأن حمل الصبيّ والمجنون فى قوله والصبى والمجنون لاتصح عقودهما على الصبيّ الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لاتساعده القاعدة ، فإن المعرف بلام التعريف إذا لم يكن هناك معهود إنما يحمل على الجنس فى قاعدة أهل العربية ، وعلى الاستغراق فى قاعدة أهل الأصول كما تقرر كله فى موضعه ، فهاهنا الصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا ، فلا بد أن يراد بالصبيّ والمجنون المذكورين هاهنا جنسهما أو جميع أفرادهما على إحدى القاعدتين لاحصة مخصوصة منهما كما توهم . ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك ، فلو أريد بهما هاهنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لاتكون أحكام عقود الصبى العاقل والمجنون الغير المغلوب الذى هو المعتوه ولا أحكام إقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة فى كتاب الحجر أصلا ، إذ موضع ذكر تلك الأحكام هنا ولم تذكر فى موضع آخر من هذا الكتاب ، فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده . ولا يختلجنّ فى وهمك أنها تفهم مما ذكر دلالة ، لأن سبب الحجر فى الصبيّ الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه فى غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف فى حقهما على عدم صحته فى حق غيرهما كما لايخفى (قوله والإعتاق يتمحض مضرّة ، ولا وقوف للصبيّ على المصلحة فى الطلاق بحال لعدم الشهوة ، ولا وقوف للولى على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : والإعتاق يتمحض مضرّة لامحالة ، والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرّ باعتبار موافقة الأخلاق بعد

قال (والصبيّ والمجنون لايصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم فى قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمولى بالخيار ، وإنما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الأصل المذكور ، وهو أن هذه المعانى الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتنساق القوليات فى موضع واحد . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبيّ والمعتوه ») رواه الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه (والإعتاق يتمحض مضرّة)

(قوله قال : الصبى والمجنون لايصح عقودهما ، أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول : وإذا أريد بالصبى الغير العاقل والمجنون المغلوب لايحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار .

لايتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته ، بخلاف سائر العقود . قال (وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه) إحياء لحق المتلف عليه ، وهذا لأن كون الإتلاف موجبا لايتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد ، بخلاف القول على ما بيناه . قال (فأما العبد فإقراره نافذ فى حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ فى حق مولاه) رعاية لجانبه ، لأن نفاذه لايعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه . وكل ذلك إتلاف ماله. قال (فإن أقرّ بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه فى الحال لقيام المانع (وإن أقرّ بحدّ أوقصاص لزمه فى الحال) لأنه مبقىً على أصل الحرية فى حق الدم حتى لايصح إقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « لايملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق » ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا ، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ . والله أعلم بالصواب.

البلوغ ، لكن الصبىّ لاوقوف له على المصلحة فى الطلاق بحال ، أما فى الحال فلعدم الشهوة . وأما فى المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حدّ الشهوة ولا علم له بذلك . والولىّ وإن أمكن أن يقف على مصلحته فى الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة انتهى كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرّ مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضررا. اللهم إلا أن يحمل كلامه هاهنا على التنزل والتسليم فتأمل . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بالمصلحة فى قوله والولىّ وإن أمكن أن يقف على مصلحته فى الحال مصلحة الصبى فى الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبى لا وقوف له على المصلحة فى الطلاق يلزم أن لايتم قوله وإن أمكن أن يقف على مصلحته فى الحال ، لأن علة عدم الوقوف على مصلحته فى الطلاق فى الحال عدم شهوته فى الحال ، كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور فى تعليل عدم وقوف الصبى على تلك المصلحة ، فعند تقرر هاتيك العلة كيف يمكن للولىّ أن يقف على تلك المصلحة . وإن أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته فى غير الطلاق يكون ذكرها لغوا فى إثبات ما نحن فيه كما لايخفى .

لامحالة (و) الطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرّ باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ ، لكن الصبىّ (لا وقوف له على المصلحة فى الطلاق بحال) أما فى الحال (فلعدم الشهوة) وأما فى المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حدّ الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولى وإن أمكن أن يقف على مصلحته فى الحال ، لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة ، فلهذا لايتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته) أى الولىّ (بخلاف سائر العقود) وقوله (وإن أتلفا شيئا) بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور ، ومعناه ظاهر . وقوله (والحائط المائل بعد الإشهاد) يعنى أنه لاقصد من صاحب الحائط فى وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف الأقوال والقصد من شرطه . وقوله (فأما العبد فإقراره نافذ) معطوف على قوله والصبى والمجنون لايصح عقودهما ولا إقرارهما ، ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبىّ والمعتوه » وكلامه ظاهر .

(قوله باعتبار موافقة الأخلاق) أقول : أى وجودا أو عدما (قوله لكن لاوقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول : يعنى أن الطلاق ليس من تلك المصالح التى توقف عليها فى الحال (قوله وقوله وإن أتلفا شيئا بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور) أقول : فيه بحث .

(باب الحجر للفساد)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : لايحجر على الحرّ البالغ العاقل السفيه ، وتصرفه فى ماله جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعى رحمه الله : يحجر على السفيه ويمنع من التصرف فى ماله)

(باب الحجر للفساد)

أخر هذا الباب لأن أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية . وسبب الحجر هاهنا مكتسب ، والسماوى فى التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ، ولأن الحجر فى الأول متفق عليه ، وفى الثانى مختلف فيه ، والمتفق عليه أحرى بالتقديم . قال فى العناية : والمراد بالفساد هاهنا هو السفه ، وهو خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل ، وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى . أقول : فى تفسير كل من معنيى السفه على الوجه المذكور شىء . أما فى الأول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل . إذ الظاهر أن موجب الشىء لايتخلف عنه . وعن هذا قال فى المبسوط والكافى : السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك مايدل عليه الحجا . وأما فى الثانى فهو أنه إن كان معنى السفه فى عرف الفقهاء تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبى حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه ، إذ لامساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد الفقهاء . ويمكن الجواب عن الأول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لاخلاف موجب نفس العقل ، فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لاعن نفسه ولا محذور فيه لإمكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة . وعن الثانى بأن ماهو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ، ومنه عمل السفيه بالسفه . وأما الحجر عنه بمعنى إبطال حكم التصرف بالكلية وإن كان ذلك التصرف فى نفس مال التصرف فهو أمر آخر وراء ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر إتلاف المال كما سيأتى بيانه فى الكتاب . وقال فى النهاية : ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، لا على قول أبى حنيفة رحمه الله فإنه لايرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى . أقول : ليس هذا الكلام بسديد ، فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه كقوله وإن أعتق عبدا نفذ عتقه ، وقوله ولو دبر عبده جاز ، وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده ، وقوله وإن تزوّج امرأة جاز نكاحها وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها ،

(باب الحجر للفساد)

أخر هذا الباب لأن ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه ، والمراد بالفساد هاهنا هو السفه . وهو خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل . وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله : لايحجر على الحرّ البالغ العاقل السفيه ، وتصرفه فى ماله جائز ، وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لاغرض له فيه ولا مصلحة) كالإلقاء فى البحر والإحراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله : يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف فى ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر فى حق تصرف يتصل بماله . ولا يصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والإقرار بالمال ، وما لا يتصل بماله كالإقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به ، لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق ، فالحجر لايعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر

(باب الحجر للفساد)

لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبىّ بل أولى ، لأن الثابت فى حق الصبىّ احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ، ثم هو لايفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد .

وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف ، وقوله وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه . وقوله فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها ، ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها . وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلث ماله ، وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحا لماله . وإنما المسائل الخلافية بين أبى حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث : ثنتان منها مذكورتان فى أول الباب فى الهداية والبداية : إحداهما مسئلة أنه لايحجر السفيه عند أبى حنيفة ويحجر عندهما . وأخراهما مسئلة أن الغلام البالغ غير رشيد إذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبى حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشد ، وعندهما لايدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده . وواحدة منهما مذكورة فى آخر الباب فى الهداية وحدها وهى مسئلة أن يحجر القاضى بسبب الغفلة عندهما ، ومع ذلك جعل قول أبى حنيفة فى المسئلتين الأولين أصلا فى الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هى مبنية على قولهما لا على قوله إلا المسئلة الأخيرة المذكورة فى الهداية وحدها ، فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبى يوسف ومحمد لاعلى قول أبى حنيفة . ثم أقول : لو قال بدل ذلك الكلام : ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبنى على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول أبى حنيفة فإنه لايرى الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لايخفى (قوله لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبىّ) قال صاحب العناية : واستدل المصنف بقوله لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل ، وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبى فهذا يحجر عليه اهـ . أقول : تقريره غير مطابق للمشروح ، إذ لايخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفيه على الصبى قياسا تقريبيا فى وجوب الحجر ، ويرشد إليه قطعا قوله فيما سيأتى من قبل أبى حنيفة ، ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبى ، وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقى حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى . ثم إن صاحبى النهاية والعناية قالا : هذا الدليل الذى ذكره المصنف إنما يصح على قول أبى يوسف ومحمد لا على قول الشافعى ، لأن حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له ، وقالا : وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفيه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق . فعند الشافعى يحجر عليه زجرا وعقوبة ، وعندهما لا يحجر عليه اهـ . أقول : فيه نظر لأن من كان مصلحا فى ماله لايسمى سفيها فى عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال : وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . وأما كون المصلح فى ماله إذا كان مفسدا فى دينه يسمى بالسفيه على معناه الأصلى فلا يجدى نفعا هاهنا ، إذ نحن بصدد بيان حكم السفيه فى عرف الفقهاء بأنه لايحجر عليه عند أبى حنيفة ويحجر عليه عند أبى يوسف ومحمد والشافعى . ولو كان الفاسق داخلا فى السفيه فى عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور ، فإن الفاسق لايحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتى فى الكتاب (قوله ولأبى حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد) قيل : يشكل هذا بالعبد ، فإنه مخاطب عاقل أيضا ومع ذلك يحجر عليه . وأجيب بوجهين :

على ما سيجىء . واستدل المصنف رحمه الله بقوله (لأنه مبذر ماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك (يحجر عليه نظرا له كالصبى) فهذا يحجر عليه (بل أولى . لأن الثابت فى حق الصبى احتمال التبذير وفى حقه حقيقته ، والدليل على صحة هذا منع المال منه ، والمنع لايفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه مايمنع من يده) وهذا الذى ذكره من الدليل إنما يصح على قولهما . فأما على قول الشافعى رحمه الله فلا يصح لأن حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له . والفائدة تظهر فيما إذا كان السفيه مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق ، فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما (ولأبى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل) وكل من هو كذلك (لايحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالعبد

وهذا لأن فى سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشدّ ضررا من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ، حتى لو كان فى الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس جاز فيما يروى عنه ، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ، ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه فى العقوبة ، ولا على الصبىّ لأنه عاجز عن النظر لنفسه . وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجرى على خلافه لسوء اختياره ، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد . قال (وإذا حجر القاضى عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ؛ ألا يرى أنه لم يوجد المقضىّ له والمقضىّ عليه ، ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء ، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضى الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبى حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ

أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية ، وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها . والثانى أن المراد بالمخاطب فى قوله إنه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام ، لأن الكلام فى الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لايتناول قوله إنه مخاطب العبد لأنه لامال له فلا تصرف له فى المال ولا خطاب فيه ، هذا زبدة ما فى النهاية وغيرها . أقول : بقى فى كلام المصنف شىء ، وهو أن قوله عاقل بعد قوله إنه مخاطب مستدرك لأن المخاطب لايكون إلا عاقلا ، فإن ما ليس بعاقل كالصبى والمجنون

فإنه مخاطب عاقل ويحجر عليه . وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والعبد ليس بكامل فى كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ، ولو ضم إلى ذلك حرّ سقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لأن) فى الحجر سلب ولايته و (فى سلب ولايته إهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال . وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجرا له على التبذير . والحجر أبلغ منه فى العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه . وقوله (ولا على الصبىّ) جواب عن قولهما اعتبارا بالصبىّ : أى لايقاس السفيه على الصبى (لأنه عاجز عن النظر لنفسه ، وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجرى على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد . وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لايفيد بدون الحجر : يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لأن غالب السفه) إنما يكون (فى الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أى لايملك إلا بالقبض ، فإذا لم يكن فى يده شىء يمتنع عن ذلك وإن فعل لم يفد (قوله وإذا حجر الخ) تفريع على مسئلة الحجر ، ومعناه أن القاضى إن حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه . وكان الواجب أن لايجوز لأن قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل ، وإنما جاز لأن الحجر من القاضى فتوى لاقضاء ، لأن القضاء يقتضى المقضى له والمقضى عليه ولا مقضى له هاهنا . سلمنا وجود المقضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث أن الحجر نظر له ، لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه ، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه لم يقل

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول : ولعل الأولى أن يقال : المراد مخاطب فى حق تصرف يتصل بماله إذ الكلام فيه فيخرج العبد إذ لامال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول : فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضى إن حجر على السفيه على رأيه)

تصرفه . فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . وقالا : لايدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده ، ولا يجوز تصرفه فيه) لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا . ولأبى حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب ، ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا . ألا يرى أنه قد يصير جدا فى هذا السن فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع ؛ ولأن المنع

ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقالا : لايدفع إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية : وتسامح عبارته فى الجمع بين الأبد وحتى ظاهر . اهـ . أقول : يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الأبد على الزمان الطويل الممتد ، كما حمل بعض المفسرين الخلود فى قوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ـ على المكث الطويل . فحينئذ لا تدافع بين الأبد وحتى كما لايخفى (قوله ولأبى حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا ، ألا يرى أنه يصير جدا فى هذا السن فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين : أحدهما : أن يقال : سلمنا أن علة المنع السفه ، لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضى أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا ، لأن فى هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ فى الإنزال وهو اثنتا عشرة سنة . وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع . والثانى أن يجعل معارضة فيقال : ماذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه ، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اهـ كلامه . وقد اقتفى أثره الشارح العينى . أقول : فى تقرير الوجه الأول على ما ذكراه خلل ، إذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء أن المعلول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ، ولا شك أن تخلف المعلول عن العلة باطل ، ولهذا قال فى دليل الإمامين : فيبقى ما بقى العلة ، فاعتبار التأديب مع المنع فى جانب المعلول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال . والصواب عندى فى تقرير الوجه الأول أن يقال : إن علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب ، فإذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزءيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلول الذى هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع . فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولأن المنع

به فصار محلا للقضاء يحتاج إلى إمضاء . فلو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضى الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك . ثم إن عند أبى حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لأنه لايحجر عليه عنده ، فإذا بلغ ذلك سلم إليه ماله وإن لم يؤنس الرشد منه . وقالا : لايدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشده . وتسامح عبارته فى الجمع بين الأبد وحتى ظاهر (ولا يجوز تصرفه فى ماله ؛ لأن علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا . ولأبى حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين : أحدهما أن يقال : سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب . وهذا يقتضى أن يكون محلا للتأديب ، ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لأنه فى هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ فى الإنزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ؛ وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة فى المنع فلزم الدفع . والثانى أن يجعل معارضة فيقال : ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المداول لكن عندنا ما ينفيه ، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ (قوله ولأن المنع) دليل آخر . وتقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا . لأن العادة وجدانه فى أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة . ولأن مدة البلوغ من حيث السن

أقول : الضمير فى رأيه راجع إلى القاضى (قوله فصار محلا) أقول : يعنى فصار نفس القضاء محلا الخ (قوله وتسامح عبارته فى الجمع بين الأبد وحتى ظاهر) أقول : أراد بالأبد الزمان المديد بقرينة قوله حتى .

باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ، ولهذا قال أبو حنيفة : لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لايمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا ، ثم لايتأتى التفريع على قوله وإنما التفريع على قول من يرى الحجر . فعندهما لما صح الحجر لاينفذ بيعه إذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه ، وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه ، كما فى الصبىّ الذى يعقل البيع والشراء ويقصده .

باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ . وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فإن قيل : الدفع معلق بإيناس الرشد فما لم يوجد لايجوز الدفع إليه . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لاالعدم عند العدم . سلمناه ، لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه ، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا فى الأصالة . أقول : الظاهر أن كونه متناهيا فى الأصالة عند وصوله إلى تلك المدة لايقتضى رشده لحصول ذلك فى المجنون أيضا مع عدم تصوّر الرشد فيه . سلمناه لكنه لايطابق قول أبى حنيفة فى وضع المسئلة مع أنه إذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . اللهم إلا أن يراد بالرشد هناك الرشد الكامل : لكن لايساعده اللفظ ويأباه دليله ، تأمل تقف (قوله لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال فى العناية : استدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز . وردّ بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل . وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لاينفيه . فإن قيل : فعلام التوقف ؟ أجاب بقوله للنظر له ، فإن الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما فى الصبىّ الذى يعقل البيع والشراء ويقصده ، إلى هنا لفظ العناية . وردّ بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف وجد حيث قال : هذا إنما يدل على الجواز فقط اهـ. أقول : يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية هاهنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد الخ : أى استدل على الجواز بقوله لأن ركن التصرف قد وجد ، واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ ، فحصل

ثمان عشرة سنة ، وما قرب من البلوغ فهو فى حكم البلوغ . وقدرّ ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز فى الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله « مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا » (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لايمنع عنه المال لأنه ليس بأثر الصبا) فإن قيل : الدفع معلق بإيناس الرشد فما لم يوجد لايجوز الدفع إليه . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم . سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ماينطلق عليه : وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا فى الأصالة . قال (ثم لايتأتى التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله فإذا باع لاينفذ لا يتأتى على قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وإنما التفريع على قول من يرى الحجر . فعندهما لما صح الحجر لاينفذ بيعه إذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فإن رأى الحاكم فيه مصلحة) بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا فى يده (أجازه) وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن فى يده لم يجزه ، لأن فيه ضررا بخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شىء من البدل . واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لأن ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز . وردّ بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل . وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لاينفيه كما تقدم . فإن قيل : فعلام التوقف ؟ أجاب بقوله (للنظر له ، فإن الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما فى الصبىّ الذى يعقل البيع والشراء ويقصده ،

(قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول : المطلق ينصرف إلى الكامل كما سلف من الشارح فى أواخر الصحيفة السابقة ، وجوابه ظاهر ، فإنه مذكور سندا للمنع هنا ، ويكفى الاحتمال فيه (قوله أو كان البيع خاسرا) أقول : فيا بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول : هذا إنما يدل على الجواز فقط ، ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد .

ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لأنه لابد من حجر القاضي عنده. لأن الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي . وعند محمد لايجوز لأنه يبلغ محجورا عنده ، إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا ، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وإن أعتق عبدا نفذ عتقه عندهما . وعند الشافعي لاينفذ . والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا ، لأن السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لاعلى نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله. فكذلك السفيه والعتق مما لايؤثر فيه الهزل فيصح منه .

من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وإن كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط . ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدّى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا . إلى قوله : والعتق مما لايؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية : وفيه بحث من أوجه : الأول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي . وكذا لو نذر بهدى أوغيره لم ينفذه ، فهذا مما لايؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد » وقد أثر فيه الحجر بالسفه . والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية ، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه . والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل . والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لالنقصان في العقل . والجواب عن الأول أن القضاء با لحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر . وعن الثاني ماسيجيء في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اهـ . أقول : في الجواب عن الأول وعن الثاني على

ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه لابد من حجر القاضي عنده لأن الحجر دائر بين الضرر) وهو إهدار آدميته(والنظر) له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجح وهو القضاء. وعند محمد رحمه الله لايجوز لأنه يبلغ محجورا) عليه (عنده إذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضي القاضي . وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه(وإن أعتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات الحجو ربسبب السفه لأنه لا تأثير للحجرعنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والإقرار بالمال . وعن قول الشافعي فإنه يقول: لاينفذ كما ذكره في الكتاب (و) ذكر أن (الأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثرفيه الحجر، وما لا فلا لأن السفيه في معنى الهازل)لامن كل وجه(بل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لاعلى نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لايؤثرفيه الهزل فيصح منه)وفيه بحث من أوجه: الأول أن السفيه لوحنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدى أو غيره لم ينفذه فهذا مما لايؤثرفيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ» وقد أثر فيه الحجر بالسفه. والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه . والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لافي حق الهازل ،

(قوله بل احترازا عن قولهما الخ) أقول : فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات ، بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس إلا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول : أي لا يجعل إعتاقه عن

والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرقّ حتى لاينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق ، والإعتاق لايصح من الرقيق فكذا من السفيه (و)إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى فى قيمته) لأن الحجر لمعنى النظر وذلك فى ردّ العتق إلا أنه متعذر فيجب ردّه برد القيمة كما فى الحجر على المريض . وعن محمد أنه لاتجب السعاية لأنها لووجبت إنما تجب حقا لمعتقه والسعاية ماعهد وجوبها فى الشرع إلا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لاتجب السعاية مادام المولى حيا لأنه باق على ملكه ،

الوجه المذكور بحث أيضا . أما فى الجواب عن الأول فلأن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه ، وهذا لايجدى شيئا فى دفع البحث الأول ، لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما إن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، ومالا فلا ، بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفيه فى الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل فى شيء منهما ، فما ذكر فى الجواب يقوّى البحث فضلا عن أن يدفعه . وأما فى الجواب عن الثانى فلأن ما سيجيء فى الكتاب هو قول المصنف ، لأن الحجر لمعنى النظر ، وذلك فى ردّ العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض ، ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لايدفع نقض الكلية المعتبرة فى أصلهما كما هو حاصل البحث الثانى أيضا ، بل يقويه كما عرفت آنفا . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية فى البحث الثالث ، والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث ، إذ هذا المعنى لايوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك اهـ . أقول : كأنه غلط فى الاستخراج فتوهم أن الضمير المجرور فى قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل . فاعترض أنه لابد من تمام التعليل هاهنا من الاشتراك فى العلة ، وهذا المعنى يعنى قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لايوجد فى السفيه، كما أن المعنى المذكور

والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لالنقصان فى العقل . والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لأن فى تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف فى جميع ماله باليمين والحنث والنذر . وعن الثانى ما سيجيء فى الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فإنه لايزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلا لإلزام العقوبة باللسان باكتساب سببها ، كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالرقيق ، والإعتاق لايصح من الرقيق فكذا من السفيه) قلنا : ليس السفه كالرق لأن حجر الرق لحق الغير فى المحل الذى يلاقيه تصرفه ، حتى أن تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص . وهاهنا لاحق لأحد فى المحل الذى يلاقيه تصرفه فيكون نافذا (فإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى فى قيمته لأن الحجر لمعنى النظر وذلك فى ردّ العتق إلا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما فى الحجر على المريض) لأجل النظر لغرمائه أو ورثته ، فإذا أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه فى جميع قيمته أو لورثته فى ثلثى قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر إلى آخر النكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لاتجب عليه السعاية ، لأنها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقه ، وذلك غير معهود فى الشرع وإنما المعهود أن يجب لغير المعتق) كما فى إعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز ، لأن التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى (إلا أنه لاتجب السعاية فى حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقى على ملك المولى لايستوجب المولى عليه دينا

كفارة يمينه لأنه ينفذ إعتاقه أصلا فإنه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحانث الصوم كالمعسر إذا حنث فى يمينه أو ظاهر عن امرأته (قوله والصحيح فيه أن يقال لقصده اللعب به الخ) أقول : فيه بحث ، إذ هذا المعنى لايوجد فى السفيه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقى على ملك المولى لايستوجب الخ) أقول : ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله .

وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى فى قيمته مدبرا لأنه عتق بموته وهو مدبر ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له) لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فألحق بالمصلح فى حقه (وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لايقدر على بيعها ، وإن مات سعت فى جميع قيمتها) لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس له شهادة الولد . بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها . ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل . قال (وإن تزوّج امرأة جاز نكاحها) لأنه لايؤثر فيه الهزل ، ولأنه من حوائجه الأصلية (وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها) لأنه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لأنه لاضرورة فيه ، وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف فى ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوّج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا .

فى الكتاب لايوجد فى الهازل على زعم صاحب البحث الثالث . ولكن لايخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع إلى حق

(فإن مات ولم يؤنس منه رشد يسعى فى قيمته مدبرا لأنه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية فى قيمته مدبرا) ألا يرى أن مصلحا لو دبر عبده فى صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى فى قيمته مدبرا لغرمائه . قيل ينبغى أن يسعى فى قيمته قنا ، لأن العتق حصل بالتدبير السابق وهو فى تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو أعتقه . وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله ، إلا أنه جعل هاهنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببيته فى إيجاب السعاية عليه قنا ، وإنما تظهر فى حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها . قيل سلمنا ذلك . لكن يجب أن يسعى فى ثلثى قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك . وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لاغير . ألا يرى أن الرجوع فى الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد له لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله) و (إبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته فألحق السفيه بالمصلح فى حق الاستيلاد ، فإن مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرّة لاسبيل عليها لأحد وإن مات مديونا (وإن لم يكن معها ولد) أى إن لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد) لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها ، وإن مات سعت فى جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية ، إذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى فى قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها) فى إبطال حق الغير فكذا فى دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعنى أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ . قال (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه واضح ، وقوله (وصار كالمريض مرض الموت) يعنى فى لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة ، إلا أن الزيادة فى المرض تعتبر من الثلث وهاهنا غير معتبرة أصلا . وقوله (وكذا إذا تزوّج بأربع نسوة) يعنى يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوّج بهن فى عقد واحد أو فى كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فإنه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (لما بينا) يعنى قوله لأنه من ضرورات النكاح ، وبهذه المسئلة اعتضد أبوحنيفة رحمه الله على أنه

(قوله إلا أنه جعل هاهنا سببا قبله ضرورة) أقول : أى ضرورة أن لايقع السبب بعد زوال الأهلية فإنها تزول بالموت (قوله لأنه من ضرورات النكاح) أقول : والظاهر أنه يشير به إلى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مثل مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبوحنيفة) أقول : قال الإتقانى : لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق ، لأن السفه المعتاد مايحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا ، وليس فى الطلاق قبل الدخول على وجه لايصل إليه لذة أو راحة غرض ، وبعد الدخول إن تحقق غرض ، لكنه محصور لايتصور فيه المجاوزة حده ، والسفه مجاوزة عن الحد فى كل باب ، أو يقال بأنه لايمكن رده بقدر السفه ، لأن طريق رده أن يلحقه بالهازل ، والهازل والجاد فى هذا سواء انتهى ، وفيه تأمل .

قال(وتخرج الزكاة من مال السفيه) لأنها واجبة عليه(وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه ، والإنفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته ، والسفه لايبطل حقوق الناس . إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لابد من نيته لكونها عبادة ، لكن يبعث أمينا معه كى لايصرفه فى غير وجهه . وفى النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلايحتاج إلى نيته ، وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لايلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ، ولا كذلك مايجب ابتداء بغير فعله . قال (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضى النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج) كى لا يتلفها فى غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء فى وجوبها ، بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لأنه لايمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف ، إذ عند عبد الله بن عمر رضى الله عنه لايجزئه غيرها وهى جزور أو بقرة . قال (فإن مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلثه) لأن نظره فيه إذ هى حالة

الهازل فى قوله لا فى حق الهازل . فالمعنى والذى يصح فى حق الهازل أن يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لاماذكر

لا فائدة فى الحجر عليه لأنه لايسد باب إتلاف المال عليه بهذا الطريق ، بل هذا أضرّ له من إتلافه بطريق الهبة إذ هو يكتسب المحمدة فى البرّ والإحسان والمذمة فى التزوّج والطلاق ، قال صلى الله عليه وسلم « لعن الله كل ذوّاق مطلاق » قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) والأصل فى هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الإسلام ، أوكان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا والمصلح فيه سواء ، لأنه مخاطب وبالسفه لايستحق النظر فى إسقاط شىء من حقوق الشرع عنه ، ولا يبطل شيئا من حقوق الناس ، لكن لايسمع قوله فى القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب ؛ لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه فلا يلزم إقراره شيئا إلا فى الولد ، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما فى تصديق الآخر يقرّ على نفسه بالنسب ، والسفه لايؤثر فى منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائجه ، لكن لابد من إثبات عسرة المقر له ، والإقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أى ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعنى ما أوجبه على نفسه (حيث لايلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين . وإن كان مالكا للمال حال التكفير . (لأنه) أى كل واحد (مما يجب بفعله) إذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر . فإن قيل : التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها ؟ أجيب بأن الاستطاعة منتفية ، لأن دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ، ومع السعاية لايقع العتق عن الظهار (قوله وإن أراد حجة الإسلام) واضح . وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك ، والقياس أن لايعطى لها نفقة السفر ، لأن العمرة عندنا تطوّع . كما لو أراد الخروج للحج تطوعا ، فإن جنى جناية ، فإن كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا ، وإن لم يكن ولزمه الدم يؤدى إذا أصلح (فإن مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالبا تكون فى المرض ، فإن السفيه الصحيح

(قوله قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله كل ذواق مطلاق ») أقول : لعسيلة النساء (قوله فلا يلزم إقراره شيئا إلا فى الولد الخ) أقول : فى غاية البيان ثم لايصدق السفيه فى إقراره بالنسب إذا كان رجلا إلا فى أربعة أشياء فى الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة ، وإن كانت المفسدة امرأة فإنها تصدق فى ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى ، فتنبه لما بينهما من المخالفة .

انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا ، وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى . قال (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلى والطارئ سواء) وقال الشافعى : يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما فى السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده . ولنا قوله تعالى - فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم - الآية . وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة . ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف ، وقد قررناه فيما تقدم ،

فى الكتاب ، فإنه إنما يصح فى حق السفيه فقط ، ، فحينئذ لايكون لبحث ذلك القائل وجه كما لايخفى (قوله ولنا قوله تعالى - فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم - الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة) قال فى النهاية وفى المبسوط : فقوله تعالى - رشدا - منكر فى موضع الإثبات ، والنكرة فى موضع الإثبات تخص ولا تعم : فإذا أوجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى . أقول : تقرير دليل أئمتنا فى هذه المسئلة على الوجه المذكور فى الكتاب . وفى المبسوط : ينتقض بقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى السفيه المصلح فى دينه دون ماله فإنه يحجر عليه عندهما كما مر . مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد فى دينه ، فتتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضا ماله . والأظهر فى تقرير استدلال أئمتنا بالآية المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما فى الكتاب وشرحه على وفق ما فى المبسوط حيث قال : ولأن الرشد فى المال مراد بالإجماع ، فلا يكون الرشد فى الدين مرادا كى لاتعم النكرة المطلقة ، أو لأن الدفع معلق بإيناس رشد واحد لأنه نكرة فى موضع الإثبات ، فلا يكون الرشد فى الدين مرادا لأنه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر (قوله ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف) أقول : يرد النقض بالسفيه المصلح فى دينه دون ماله على قولهما لا محالة ، لأن الإسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى ، فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغى أن يكون واليا للتصرف أيضا غير

إذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض ، والقياس ينفيها كما لو تبرع فى حياته ، واستحسنوا فيها إذا وافق الحق وما يتقرب به إلى الله تعالى أن يكون من الثلث ، لأن نظره فيه لأن وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال فى أمر دنياه ، وحينئذ لانظر له فى المانع وإنما النظر له فى اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفى تنفيذها ذلك (وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا فى كفاية المنتهى) فمن ذلك ماقال : إن الذى بلغ سفيها والصبى الذى لم يبلغ وهو يعقل مايصنعه عندنا سواء ، إلا فى أربعة مواضع : أحدها أنه يجوز للأب ولوصى الأب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ، ولا يجوز تصرف الأب ولا وصى الأب على البالغ السفيه إلا بأمر الحاكم . والثانى أنه يجوز نكاحه ، ولا يجوز نكاح الصبى العاقل . والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ، ولا يجوز طلاق الصبى العاقل ولا عتاقه ، والرابع أن الذى لم يبلغ إذا دبر عبده لايصح تدبيره ، وهذا السفيه إذا دبر عبده صح تدبيره (قوله ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا ، والفسق الأصلى والطارئ سواء . وقال الشافعى رحمه الله : يحجر عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وإن كان مصلحا لماله . وعندهما للنظر له فى ماله فإذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لأن الله تعالى قال : - فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم - الآية) نكرا الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير ، ومن أصلح فى ماله فقد أونس منه رشد (ولأنه أهل للولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) يعنى فى أول كتاب النكاح .

(قوله إلا فى أربعة مواضع) أقول : يعنى سوى الوصية حيث علم حالها (قوله نكر الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول : والخصم أن يمنع مستندا بانصراف المطلق إلى الكامل (قوله ومن أصلح فى ماله الخ) أقول : وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل ، فما ذكره ينتقض به فتأمل .

ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن فى التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له .

(فصل فى حد البلوغ)

محجورعليه كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضى عندهما أيضا ؛ وهو قول الشافعى بسبب الغفلة ، وهو أن يغبن فى التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فإنه ماحجر على حبان بن منقذ وكان يغبن فى التجارات ، بل قال له « قل لاخلابة لى الخيار ثلاثة أيام » فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر . وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى - ولا تؤتوا السفهاء أموالكم - لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ، كذا ذكره تاج الشريعة . قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب . وردّ بأن ذلك المنع المال وليس النزاع فيه، وإنما النزاع فى الحجر انتهى . وقال بعض الفضلاء : ويجوز أن يقال : يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اه . أقول : ويجوز أن يردّ هذا أيضا بأن الحجر أبلغ من منع المال فى العقوبة كما مر فى دليل أبى حنيفة على عدم الحجر على السفيه ، فأنى يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لأن غالب السفه فى الهبات والصدقات . وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا فى دليله جوابا عن قولهما المنع لايفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل هاهنا وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما . وقال الشارح العينى بعد نقل ماذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت : فيه نظر ، لأن فى حديث حبان بن منقذ نوع حجر ، لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور فى البيوع المطلقة فافهم . اه . أقول : ليس ما قاله بشىء ، إذ لا شك أنه لا حجر فى الحديث المزبور على حبان فى شىء ، بل فيه إرشاده إلى مايليق بحاله من شرط الخيار فى البيع ،وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور فى البيوع المطلقة يشعر باعترافه أيضا بأنه لم يصر محجورا عليه حقيقة فى شىء فلا يجدى ما قاله شيئا هاهنا . ولوسلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه فى البيوع المطلقة : أى فى البيوع التى لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها فى دفع مادة الاعتراض هاهنا فإن مذهب الإمامين والشافعى أن يحجر القاضى على المغفل فى بيوعه مطلقا : أى سواء شرط فيها الخيار أم لا ، فيرد عليه أن الحجز على المغفل فى بيوعه التى شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث حبان بن منقذ .

(فصل فى حد البلوغ)

البلوغ فى اللغة الوصول ، وفى الاصطلاح : انتهاء الصغر . ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بدّ من بيان

(ويحجر القاضى عندهما أيضا وهو قول الشافعى على من ليس بسفيه لكنه متغفل) يعنى فى التجارات (ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما فى الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن فى التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم « قل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام » وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى - ولا تؤتوا السفهاء أموالكم - لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد . وردّ بأن ذلك لمنع المال ، وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع فى الحجر . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فصل فى حد البلوغ)

البلوغ فى اللغة : الوصول . وفى الاصطلاح : انتهاء حد الصغر . ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه ،

(قوله ورد بأن ذلك لمنع المال) أقول : ويجوز أن يقال : يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وإلا لم يفد المنع .

(فصل فى حد البلوغ)

قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ . فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل . فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة . وهذا عند أبى حنيفة وقالا : إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا . وهو رواية عن أبى حنيفة . وهو قول الشافعى . وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة . وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف . وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة . أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لايكون إلا مع الإنزال . وكذا الحيض فى أوان الحبل . فجعل كل ذلك علامة البلوغ . وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة . وفى حق الجارية تسع سنين . وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لايتأخر فيهما عن هذه المدة . وله قوله تعالى - حتى يبلغ أشده - وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة ؛ هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبى . وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به . غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التى يوافق واحد منها المزاج لامحالة . قال (وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت . فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لايعرف إلا من جهتهما ظاهرا . فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه ؛ كما يقبل قول المرأة فى الحيض .

انتهائه . وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه . فيبنى الحكم عليه للتيقن به) أقول : يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى . وهو أنه لاشك أن المتيقن به فى بلوغ الصبى رشده إنما هو أكثر ما قيل فى أشده من المدد دون أقل ماقيل فيه منها ، لأنه إذا بلغ الأكثر منها فقد بلغ الأقل منها دون العكس . نعم وجود الأقل فى نفسه لايستلزم وجود الأكثر ، بخلاف العكس ، لكن ليس الكلام هاهنا فى وجود مدة فى نفسها بل فى كون تلك المدة أشد الصبى . والمتيقن به فيه إنما هو أكثر ماقيل فى أشده بلا ريب . ثم إنى لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الإشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية . فإنهما قالا : فإن قيل : ينبغى أن يقال بالأكثر لأنه المتيقن ، إذ الأدنى يكون فى الأكثر دون العكس . قلنا : أول الآية - ولا تقربوا مال اليتيم - إلى قوله - حتى يبلغ أشده - والله تعالى مد الحكم إلى غاية الأشد . وأقل ما قيل فى تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن . إذ لو مد إلى أقصاه لابد أن يمد إلى ثمانى عشرة ، ولو مد إليها لايكون ممتدا إلى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا فى كون الحكم

وهذا الفصل لبيان ذلك . قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم ما يراه النائم . يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ ، والأصل هو الإنزال . قال الله تعالى - وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم ، فإن لم يوجد شىء من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وقالا : إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا ، وهو رواية عنه وهو قول الشافعى رحمه الله . وكلامه ظاهر لايحتاج إلى شرح . وإنما قال : وهذا أقل ماقيل فيه لأن بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله وإذا راهق الغلام أو الجارية) يقال : رهقه : أى دنا منه . وصبى مراهق أى دان للحلم (وأشكل أمره فى البلوغ ولم يعلم ذلك إلا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل : إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ، ولا يقبل فيما دون ذلك لأن الظاهر يكذبه . وقد أشار إلى ذلك بقوله : وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين . والله أعلم .

(قال المصنف : فيبنى الحكم عليه للتيقن به) أقول : فيه بحث .

(باب الحجر بسبب الدين)

(قال أبو حنيفة : لا أحجر فى الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لأن فى الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص .

ممتدا إليها فيبنى الحكم عليه انتهى . أقول : فى الجواب نظر ، لأن الأشدّ فى الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق ، وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى - حتى يبلغ أشدّه - فمجرد دخول مدّ الحكم السابق إلى ثمانى عشرة فى مده إلى أقصى ماقيل فى تفسير الأشد لايلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيا إذا مد الحكم إلى أقصاه أيضا ، وإنما يلزم وجودها فى نفسها فى ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الأشد بل من حيث وجودها فى نفسها ، والمطلوب هاهنا هو الأول دون الثانى ، فلا يتم التقريب . والحق فى أصل التعليل أن يقال : وهذا أقل ماقيل فيه . فيبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع فى الكافى والتبيين ، إلا أنه قال فى الكافى بعد قوله للاحتياط : ولأنه متيقن به ، وأما فى التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الأصوب .

(باب الحجر بسبب الدين)

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد إما على قولهما فقط كما قالوا فى فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفى باب مقاسمة الجدّ من علم الفرائض ، لأن أبا حنيفة لايرى شيئا منها ، وأما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك إثباتا منهما ونفيا منه . ثم إن الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد ، فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم آثر تأخيره عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله : لا أحجر فى الدين ، وإذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، لأن فى الحجر عليه إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية فى هذا المقام : وأبو حنيفة لايجوّزه لأن فيه إهدار أهليته ، وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى انتهى . أقول : لايذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للأدنى لايناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه فى الظاهر . فكان حق العبارة أن يقال : فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف فى أوائل باب الحجر للفساد ، وأشار إليه هاهنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص ، وعن هذا قال بعض الفضلاء : ولعل العبارة فلا يرتكب . وقوله فلا يترك

(باب الحجر بسبب الدين)

الدين أيضا من أسباب الحجر عندهما . لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم آثر تأخيره . وينبغى للقاضى أن يشهد أنه حجر عليه فى ماله احتياطا لنفى التجاحد إن وقع ، وأن يبين أن الحجر كان بسبب الدين لأنه مختص بالمال الموجود له فى الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره ، حتى يعلم أنه لو تصرف فى الحادث نفذ . وأن يبين من الحجر لأجله باسمه لأنه يرتفع بإبراء الغريم ووصول حقه إليه فيحتاج إلى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لايجوّزه لأن فيه إهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال ، فلا يترك الأعلى للأدنى . فإن قيل : إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن . وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا فى شخص واحد . فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة . والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ، ولو لم يكن أعلى مما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس

(باب الحجر بسبب الدين)

(قوله فلا يترك الأعلى للأدنى) أقول : فيه بحث ، ولعل العبارة فلا يرتكب ، وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وإنما يكون الأول أعلى الخ) أقول : فى الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول : من ضرر الدائن (قوله وإهدار الأهلية أعلى الخ) أقول : فيه بحث

(فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع حجر . ولأنه تجارة لاعن تراض فيكون باطلا بالنص

سهو من الناسخ انتهى . ثم أقول : يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه : الأول أن يحمل المراد بالأعلى فى قوله فلا يترك الأعلى للأدنى على أهلية المديون لا إهدار أهليته ، وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره ، يرشد إليه أنه قال للأدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف ، ولا شك أن كون إهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال إنما هو بسبب كون أهليته أعلى : أى أشرف ، وكون المال أدنى : أى أخس ، فإن ضرر فوت الأشرف فوق ضرر فوت الأخس لا محالة . فإن قلت : المطابق لقوله فى السؤال الآتى وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا فى شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى إهدار الأهلية وبالأدنى ضررا يقابله . قلت : تطبيق ما فى الموضعين فى حيز المراد غير لازم ، فإن علوّ نفس الأهلية شرفا وعلوّ إهدارها ضررا متلازمان ، وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره ، فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى فى موضع نفس الأهلية ونفس المال وفى موضع آخر ضررهما ، ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود فى كل من الموضعين كما لايخفى على المتأمل . والثانى أن يحمل الترك المنفى فى قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للأدنى فلا يبقى الضرر الأعلى لأجل الضرر الأدنى : أى لأجل دفعه ، ومجيء الترك بمعنى الإبقاء واقع فى التنزيل كقوله جل اسمه ـ وتركنا عليه فى الآخرين ـ أى أبقينا . نص عليه فى القاموس وشائع فى كلام المصنفين حيث يقولون : ترك على حاله ، ووقع فى كلام المصنف أيضا فى هذا الباب حيث قال : ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى . فإن قلت : معنى الإبقاء لايناسب هذا المحل ، لأن المتبادر من نفى إبقاء إهدار الأهلية تحقق إهدارها أولا ، إذ البقاء فرع التحقق ، ومذهب أبى حنيفة أن لايجوز إهدار أهلية الإنسان رأسا لأن فيه إلحاقه بالبهائم . قلت : لا نسلم تبادر ذلك فى صورة النفى ، وكون البقاء فرع التحقق إنما هو فى الثبوت . ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام . والثالث أن تحمل كلمة لا فى قوله فلا يترك على الزائدة كما فى قوله تعالى ـ لئلا يعلم أهل الكتاب ـ وفى قوله تعالى ـ لا أقسم بهذا البلد ـ وغيرهما من الأمثلة . فإن قلت : قد عينت مواقع زيادة لا فى أكثر كتب النحو : أحدها مع الواو بعد النفى . وثانيها بعد أن المصدرية . وثالثها قبل القسم على قلة . ورابعها مع المضاف على الشذوذ ، وما نحن فيه ليس منها فى شيء . قلت : ذكر ابن هشام فى مغنى اللبيب وقوع لا الزائدة فى مواضع من التنزيل ، وعدّ منها قوله تعالى ـ وما يشعركم أنها إذا جاءت لايؤمنون ـ فيمن فتح الهمزة . وقال : فقال قوم منهم الخليل والفارسى لا زائدة ، وإلا لكان عذرا للكفار ، وعدّ منها أيضا قوله تعالى ـ وحرام على قرية أهلكناها أنهم لايرجعون ـ وقال فقيل لا زائدة ، والمعنى ممتنع على أهل قرية قدرنا إهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر إلى قيام الساعة اه . ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا من المواقع الأربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه ، فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه . فإن قلت : لاينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للأدنى ، إذ لامعنى لأن يقال : يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى ، فإن ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه . ثم إن هذا إذا لم يكن معنى قوله للأدنى لدفع الأدنى ، وأما إذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر ، إذ يصير المعنى إذ ذاك فيترك الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لايتحمل شيء من الضررين ، وليس كذلك قطعا . قلت : يمكن نظم ذلك بأن يحمل اللام فى قوله للأدنى على معنى عند ، فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين . وهذا معنى مستقيم كما ترى ، ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام فى مغنى اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون ، وقال : وجعل منه ابن جنى قراءة قوله تعالى

فيكون أعلى من ضرر الدائن ، وإذا كان كذلك (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ،

(قال المصنف : ولأنه تجارة لاعن تراض الخ) أقول : قال الله تعالى ـ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ـ .

ـ بل كذبوا بالحق لما جاءهم ـ بكسر اللام وتخفيف الميم اﻫ . والإنصاف أن هذا الوجه أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية هاهنا لكن مقصودنا بيان جملة مالوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الإمكان على القواعد العقلية والنقلية . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن ، وإنما يكون الأول أعلى لو كان في شخص واحد . فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة ، والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اﻫ كلامه . أقول : حاصل السؤال منع كون إهدار أهلية المديون أعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص واحد . وحاصل الجواب إثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا . تقريره أن إهدار الأهلية أعلى ضررا من الحبس ، والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج أن إهدار الأهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة ، وهي أن الأعلى من الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ، ولا شك أن هذا القياس يقتضي كون إهدار الأهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وإن كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ، ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ، ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك . ثم ذكر المقدمة الأولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان . ثم أقول : في الجواب بحث . أما أولا فلأن قوله إن ضرر الدائن يندفع بالحبس لامحالة في حيز المنع لجواز أن يختار المديون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن . وأما ثانيا فلأن الحبس لو كان أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لايتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الأثاث في إثبات مذهبه في هذه المسئلة ، مع أن الحبس جائز بالإجماع ومتعين عند أبي حنيفة . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المديون الحبس الأبدي مع قدرته على أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة . ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب الأكثر . وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن ، بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة ، وقد صرح المصنف في فصل الحبس من قضاء القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه ، لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله : والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ، ولعل قصده الإشارة إليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب ، وإلا فلا مدخل له أصلا في إثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق ، فإذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لايتحمل الأعلى لدفع الأدنى . فإن قلت : هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ، ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه اﻫ . فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة : ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن ، يقال : ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم ، فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة أيضا فيعود انتقاض قوله لايتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس . قلت : المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المصنف فيما بعد دفعا لظلمه لاظلمه الماضي ، إذ لامجال لدفع ماتحقق فيما مضى من المماطلة لأنه عرض لايبقى ، والذي جعل الحبس جزاء له إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتمشى النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي كما لايخفى . ولئن سلم

(ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه) إيفاء لحق الغرماء و دفعا لظلمه (وقالا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ،

كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول : إن قوله لايتحمل الأعلى الدفع الأدنى قول على موجب القياس، والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فيترك به القياس . بخلاف الحجر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجرى فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا . لايقال : الحجر بسبب الدين أيضا ثبت بالنص وهو ما روى وأن معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص » كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الإمامين في هذه المسألة . لأنا نقول : أجابوا عنه في تلك الكتب أيضا عن قبل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان بإذنه ، استعان بالنبي عليه الصلاة والسلام . وقالوا : والدليل عليه أن بيع ماله لايجوز حتى يأمره ويأبى ، ولايظن بمعاذ رضى الله عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال في البدائع : مع ماروى «أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته» اهـ . فظهر أنه لانص يدل على جواز الحجر بسبب الدين ، فتعين أن المدار فيه هو القياس . وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى . ثم إن من العجائب هاهنا أني قد ابتليت في زمان من الأزمان بأن أمتحن مع بعض من عدّ من الأهالي والأعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة : الهداية . وشرح المواقف . وشرح المفتاح ، فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب . فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب : ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وصلية ، فجعل كلمة أعلى مضافة إلى كلمة ما ، وجعل كلمة ما موصولة ، فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الأوهام . فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ، ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصرّ عليه ، وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الأمر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ، ولله درّ من قال : رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعدّ طوره (قوله ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه) أقول : يرد على ظاهر عبارة المصنف هاهنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفساد بأن قال : تسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر . ويمكن توجيه عبارته هاهنا أيضا بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الأبد على الزمان الطويل الممتد . ويمكن هاهنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى هاهنا بمعنى كي دون إلى ، فيصير معنى الكلام : ولكن يحبسه أبدا ليكون سببا لبيعه ، فلا مسامحة في الجمع أصلا إذ المسامحة إنما هي في الجمع بين الأبد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لايخفى ، نعم لايقصد بالأبد معنى الدوام البتة ، ولكنه أمر آخر وراء المسامحة في الجمع تأمل تقف (قوله وقالا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول : لقائل أن يقول : لايجب أن يكون المحجور عليه مفلسا ، بل يجوز الحجر على الغنيّ أيضا عندهما نظرا لغرمائه ، بل الحجر بسبب الدين إنما يفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لايخفى على الفطن . فذكر المفلس في وضع المسألة يخل بحق . لايقال : قد ذكر في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال : مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالإفلاس لايصح حجره بلا خلاف ، والإفلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالإفلاس وبالحجر بناء عليه . وعند أبي حنيفة رحمه الله : الإفلاس في حال الحياة لايتحقق ، فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أولا وبالحجر بناء عليه ، ومنهم من جعل هذه المسئلة مسألة مبتدأة ، فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمنا إلحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء

ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه . وقالا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه .

(قال المصنف : ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه) أقول : فإن قيل : الحبس أيضا بعدم الرضا كما سبق في الإكراه فلا يصح البيع . قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون إكراها على البيع . فليتأمل . قال المصنف : (ودفعا لظلمه) أقول : فإن قضاء الدين

ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لايضر بالغرماء) لأن الحجر على السفيه إنما جوزاه نظرا له ، وفى هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم . ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع بثمن المثل لايبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه . قال (وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله ، فإذا امتنع ناب القاضى منابه كما فى الجب والعنة . قلنا : التلجئة موهومة ، والمستحق قضاء الدين ، والبيع ليس بطريق متعين لذلك ، بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق ، كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا . قال (وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضى بغير أمره وهذا بالإجماع ، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضى أن يعينه (وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضى فى دينه)

بالإفلاس اهـ . فيجوز أن يكون ذكر المفلس فى وضع المسئلة فى الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس . لأنا نقول : ما ذكر فى الكتاب فى تضاعيف بيان المذهبين فى هذه المسئلة وتقرير دليلهما كقوله فى مذهب أبى حنيفة : وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ، وقوله فى مذهبهما لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ، وقوله فيه أيضا : وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على أن ليس مدار مافى الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس ، إذ القضاء بالإفلاس لايتصور فيما إذا ظهر ماله . وتلك الأقوال المذكورة فى الكتاب صريحة فى ظهور ماله ، بل مدار ما فى الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالإفلاس كما لايخفى . فالجواب أن يقال : ليس المراد بالمفلس فى قوله إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقى ، بل المراد به أما من يدعى الإفلاس فيتناول الغنى أيضا ، إذ الظاهر أن المديون الذى لا يؤدى دينه يدعى الإفلاس وإن كان غنيا فى نفسه ، وأما من حاله حال المفلس ، ولا شك أن الغنى الذى لايؤدى دينه حاله فى عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة (قوله يمنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لايضر بالغرماء) أقول : وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضا غير واضح . والعهدة فى ذلك على القدورى ، لأن هذه العبارة عبارة القدورى والمصنف معبر عنه ، ولكنه لو أصلحها

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر . ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا . وقوله (التلجئة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الإنسان ولا يرتكب البيع بلا تراض . وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لأنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس ، فلا يجوز للقاضى تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الجب والعنة) فإن التفريق هناك متعين لأنه لما لم يمكنه الإمساك بالمعروف تعين عليه التصريح بالإحسان فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف ناب القاضى منابه فى التفريق (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لأجله : أى لأجل البيع وتقريره . سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذى ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح المبيع كان الحبس ظلما لأنه إضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا)

واجب عليه والمماطلة ظلم (قال المصنف : والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول : لكنه يخالف لما سبق آنفا من قوله ولكن يحبسه حتى يبيعه فى دينه والأمر بين (قال المصنف : فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالإجماع فلا يصح البيع .

وهذا عند أبي حنيفة استحسان . والقياس أن لايبيعه كما فى العروض . ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا . وجه الاستحسان أنهما متحدان فى الثمنية والمالية مختلفان فى الصورة ، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين . بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أما النقود فوسائل فافترقا (ويباع فى الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر) لما فيه من المسارعة . وقيل دستان وهو اختيار إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى) لأن به كفاية شمس الأئمة الحلوانى ، لأنه إذا غسل ثيابه لابد له من ملبس . قال (فإن أقر فى حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ، لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم ، بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لامرد له (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر . قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ، ولأنه حق ثابت لغيره فلا

بتصرف لكان أصلح كما لايخفى (قوله وهذا عند أبى حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح : إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لايجوز بيع القاضى على المديون فى العروض ، وكان ينبغى أن لايجوز فى النقدين أيضا لأنه ممنوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ . أقول : ماذكروه إنما يتم أن لوكان عبارة المصنف . وهذا عند أبى حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا ، وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع فى كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبى حنيفة رحمه الله فى الحقيقة ، فإن كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبى حنيفة فقط ، وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج إلى الاعتذار تدبر (قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح : قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون : يعنى أنه إذا استهلك مال الغير فى حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ كلامه . أقول : فى تفسيرهم نوع خلل ، إذ فى صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون : بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة . نعم قولهم فكان التلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح فى كون المجموع بمرتبة واحدة . لكن الكلام فى استدراك أول كلامهم بل اختلاله ، فالأظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال فى شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اهـ . وما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال فى شرح ذلك : حيث يلزمه ضمانه فى الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اهـ (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول : ليس المفلس هاهنا على معناه الحقيقى كما مر نظيره . بل عدم إرادة الحقيقة هاهنا أظهر ،

ولكنه مشروع بالإجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله) وإنما خصه بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لايجوز بيع القاضى على المديون فى العروض ، وكان ينبغى أن لايجوز فى النقدين أيضا لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل : إنما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الأخذ نظرا إلى الاتحاد لأنه يلزم ترك أحد الشبهين لأن ولاية القاضى أعم وأقوى ، فلو ثبت للغريم ولاية الأخذ مع قصوره لثبت للقاضى لقوته . وقوله (ويباع فى الدين النقود) حاصله أن القاضى نصب ناظرا فينبغى أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ماكان أنظر له . وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون : يعنى إذا استهلك مال الغير فى حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء للديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لا مردّ له) بخلاف الإقرار فإن سببه محتمل . وقوله

(قوله لأن الشبهة ترد على قوله الخ) أقول : فيه بحث (قوله يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون) أقول : فيه بحث .

يبطله الحجر . ولهذا لو تزوّج امرأة كانت فى مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء . قال (فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لامال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب فلا نعيدها ، إلى أن قال : وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له : يعنى خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة ، ولو مرض فى الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته ، وإن لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه ، والمحترف فيه لايمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه ، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لايمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى . قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام « لصاحب الحق يد ولسان » أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى . قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم فى القوة (وقالا : إذا فلسه

لأن قوله من ماله يأبى إرادتها قطعا ، وعن هذا وقع فى الكافى وغيره بدل المفلس المديون ، فالمراد بلفظ المفلس فى عبارة الكتاب المعنى المجازى على أحد التوجيهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لى حبسه الحاكم فى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول : كان لفظ مختصر القدورى والبداية هاهنا هكذا : وإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لامال لى حبسه الحاكم فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كثمن المبيع وبدل القرض وفى كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة . اهـ . وقد ترك المصنف فى النقل بعض ذلك من البين كما ترى ، ولم يظهر لى وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة فى الهداية لأمر يعترى الإنسان فى بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله إلى أن قال : وكذلك إن أقام البينة أنه لامال له) قوله إلى أن قال متعلق بقوله قال ، فإن لم يعرف للمفلس مال : يعنى قال القدورى فى مختصره : فإن لم يعرف للمفلس مال . إلى أن قال : وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له . وقوله يعنى خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدورى بقوله وكذلك إن أقام البينة أنه لامال له . وقوله لوجوب النظرة إلى الميسرة تعليل لذلك . وأقول : كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى لئلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدورى فيورث التشويش للناظر فى تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فإن لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته فى سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم فى القوة) أقول : لقائل أن يقول : هذا

(وإن لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه) لأنه لايجوز إهلاكه لمكان الدين ، ألا يرى أنه لو توجه الهلاك إليه بالمخمصة لكان له أن يدفعه بمال الغير ، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير . وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه لايخرجه من السجن فى هذه الصورة أيضا . لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض ، وأنه فى الحبس وغيره سواء . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لايمنع عن الاكتساب فى السجن لأن فيه نظرا للجانبين ، لجانب المديون لأنه ينفق على نفسه وعياله ، ولرب الدين لأنه إذا فضل منه شىء يصرف ذلك إليه . وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أى لايمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم « لصاحب الحق يد ولسان » أراد باليد الملازمة . وباللسان التقاضى) ووجه التمسك أن الحديث مطلق فى حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله . وقوله (يقسم بينهم با لحصص) أى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين ، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره . وأما المديون فى حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله

الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا) لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة . وعند أبي حنيفة رحمه الله : لايتحقق القضاء بالإفلاس . لأن مال الله تعالى غاد ورائح ، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لايتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتا ، إذ الأصل هو العسرة . وقوله فى الملازمة لايمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لايتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لابد أن يكون له موضع خلوة ، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه ؛ إلا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لايمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لايلازمها) لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها . قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعى رحمه الله : يحجر القاضى على المشترى بطلبه ،

التعليل قاصر عن إفادة تمام المدعى ، لأن استواء حقوقهم فى القوة إنما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعى وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص : أى بقدر حصة كل واحد منهم من الدين . بل يوهم لزوم

ذلك ، نص على ذلك فى فتاوى النسفى فقال : رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلاثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة ، فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم فى مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم ؟ قال : إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى ديونه بنفسه ، وله أن يقدم البعض على البعض فى القضاء ، ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف فى خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته ، وإن كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالحصص ، إذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض . وقوله (بينة اليسار تترجح) اليسار اسم للإيسار من أيسر : أى استغنى ، والإعسار مصدر أعسر : أى افتقر ، وفى بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الإعسار . قال فى المغرب : وهو خطأ . وقوله (لأنها أكثر إثباتا) لأن بينة الإعسار تؤكد ما دل عليه غيره ، إذ الأصل هو العسرة فصار كبينة ذى اليد فى مقابلة بينة الخارج ، وقوله فى الملازمة (لايمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس) وليس بمستحق عليه . وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعى أن يحبسه فى مسجد حيه أو فى بيته ، لأنه ربما يطوف فى الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعى (ولو دخل داره لحاجته) كغداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الإنسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل : إذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا لأجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لايهرب (ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق) والأشد (عليه إلا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لايمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه) وفى معناه منعه عن الإكتساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالأجنبية ، لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق فى يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه . وقال الشافعى رحمه الله : يحجر القاضى بطلب البائع على المشترى) حتى لاينفذ تصرفه بالبيع وغيره

(قوله قال فى المغرب : وهو خطأ) أقول : ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما فى قوله عليه الصلاة والسلام « ارجعن مأجورات غير مأزورات » (قوله لاستلزامها الخلوة بالأجنبية الخ) أقول : يعنى لاستلزام الملازمة الخلوة الخ ، والضمير فى تلازمها راجع إلى المديونة

ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ، ومن قضيته المساواة وصار كالسلم . ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف فى الذمة : أعنى الدين ، وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة . هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها ، إلا فى موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين ، والله أعلم .

الاستواء فيما أخذوه . وتمام المدعى هاهنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لامجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع . وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة)

(ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن والعجز) عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن إيفاء المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل : قياس مع وجود فارق وهو فاسد . وذلك لأن الثمن دين فى الذمة وهو مانع عن الفسخ ، بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ . أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعنى لانسلم أن كونه دينا يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لامحالة . وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدى الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد ، وإنما المستحق به وصف فى الذمة : أعنى الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لايوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشترى مليا . وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا فى الذمة ، وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملىء . فإن قيل : هذا استدلال فى مقابلة ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل أفلس فأدرك رجل » وفى رواية « فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به » والاستدلال فى مقابلة النص فاسد . فالجواب أنه معارض بما روى الخصاف بإسناده أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه » وتأويل حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن المشترى كان قبضه بشرط الخيار للبائع . فإن قيل : ما ذكرتم من الدليل إن صح بجميع مقدماته لزم أن لاينفسخ العقد إذا كسدت الفلوس ، لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين فى الذمة . وهى باقية كما كانت قبل الكساد . أجيب بأنا لانسلم عدم التغيير لأن موجب العقد ملك فلوس هى ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك . ولا يشكل بما إذا عجز المكاتب عن أداء البدل فإن موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم . فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله ويقبض العين) جواب عما يقال : لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لاتبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة ، وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصوّر وجعل الشارع العين بدلا عنه ، فإذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما فى ذمة آخر وصف فيلتقيان قصاصا (هذا هو الحقيقة) أى تحقق المبادلة هو الحقيقة فى قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لايوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لايمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » فيجب أن يجعل العين المقبوضة فى مقابلة ما فى الذمة عين ما هو فى الذمة فكان العجز عنه عجزا عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ ، والله أعلم بالصواب .

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول : فيه بحث ، بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم . وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو يملك به) أقول : الضمير فى قوله به راجع إلى العقد .

(كتاب المأذون)

الإذن : الإعلام لغة ،

قال صاحب العناية فى تقرير هذا المحل : لأنه عجز المشترى عن إيفاء الثمن . والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن إيفاء المبيع ، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة . ومن قضيته المساواة اه. ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال : فيه بحث ، بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم، وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اه . أقول : ليس ذاك بسديد ، لأن مجرد العجز عن التسليم لايكاد أن يكون علة جامعة فى صحة القياس هاهنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة ، وإلا لزم أن يوجب العجز على التسليم حق الفسخ فى غير عقد المعاوضة أيضا ولم يقل به أحد ، فالمدار فى تحقق العلة الجامعة هاهنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس هاهنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ، والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية ، بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات هاهنا كصاحب الكافى وصاحب معراج الدراية والإمام الزيلعى وغيرهم ، والله أعلم .

(كتاب المأذون)

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة ، إذ الإذن يقتضى سبق الحجر . فلما ترتبا وجودا ترتبا أيضا ذكرا وما للتناسب (قوله الإذن الإعلام لغة) أقول : لم أر قط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجىء الإذن بمعنى الإعلام، وإنما المذكور فيها كون الأذان بمعنى الإعلام ، فقوله الإذن الإعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة . نعم قد وقع فى كلام كثير من المشايخ فى كتب الفقه تفسير معنى الإذن لغة بالإعلام كما ذكره المصنف . ولعلهم تسامحوا فى التفسير فعبروا عن معنى الإذن من أذن له فى الشىء إذنا : أى أباحه ، كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الإعلام . ولا يخلو عن نوع الإيماء إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال هاهنا يحتاج إلى بيان الإذن لغة وشرعا ، ثم قال : أما لغة فالإذن فى الشىء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عنه من أذن له فى الشىء إذنا اه . ثم إن من المستبعد هاهنا ماذكره الإمام الزيلعى حيث قال فى التبيين : والإذن فى اللغة الإعلام ، ومنه الأذان وهو الإعلام بدخول الوقت اه . وكذا ماذكره صاحب البدائع حيث قال فى فصل شرائط الركن من كتاب المأذون: لأن الإذن هو الإعلام ،قال الله تعالى ـ وأذان من الله ورسوله ـ أى إعلام اه . فإن مدار ماذكراه اتحاد الإذن والأذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى آخر وليس كذلك قطعا ، والأظهر فى تفسير معنى الإذن لغة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال : أما الإذن فهو الإطلاق

(كتاب المأذون)

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة ، إذ الإذن يقتضى سبق الحجر (وهو فى اللغة عبارة عن الإعلام ،

(كتاب المأذون)

وفى الشرع : فك الحجر وإسقاط الحق عندنا ،

لغة لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقا عن شيء أىّ شيء كان اه . (قوله وفى الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) قال فى غاية البيان : يعنى أن العبد كان محجورا عن التصرّف لحق المولى ، فإذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه . وقال فى النهاية : أى إذن المولى لعبده فى التجارة إسقاط لحق نفسه الذى كان العبد لأجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل إذنه ، وبالإذن أسقط حق نفسه عنده اه . وقال فى العناية : فإن المولى إذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لأجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل إذنه اه . وقال تاج الشريعة : لأنه كان للمولى حق فى رقبة العبد فقبل الإذن لاتتعلق الديون برقبته ولا بكسبه ، وبعد الإذن يسقط هذا الحق وتتعلق الديون بها اه . وقال فى الكفاية : وفى الشرع فك الحجر وإسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فإنه يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى ، وإنه بالإذن أسقط حقه اه . فتلخص من المجموع أن المراد بالحق هاهنا حق المولى ، وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال : وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه إلاموجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كى لايبطل حقه من غير رضاه اه . قال صاحب الإصلاح والإيضاح : المراد بالحق هاهنا حق المنع لاحق المولى لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح ، لأن حق المولى لايسقط بالإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتى ، والمسقط هو المولى إن كان المأذون رقيقا والولى إن كان صبيا اه كلامه . أقول : فيه نظر . أما أوّلا فلأن كون المراد بالحق هاهنا حق المنع لاينافى كونه حق المولى ، بل يقتضيه لأن حق المنع المتعلق بالعبد هوحق المولى لاحق غيره : فإن معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الإضافة بيانية . ومعنى حق المولى حق هو للمولى ، على أن تكون الإضافة بمعنى اللام ، ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا . وأما ثانيا فلأنه إن أراد به بقوله لأن حق المولى لايسقط بالإذن أنه لايسقط به أصلا فممنوع . كيف وسيأتى أنه إذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى فى كسبه ورقبته جميعا لامحالة . وإن أراد بذلك أنه لايسقط به فى الجملة كما إذا لم تحط بهما ديون فسلم . لكن لايجدى نفعا إذ ليس المراد بإسقاط الحق فى معنى الإذن شرعا إسقاطه بالكلية البتة ، بل المراد به إسقاطه فى الجملة ، وذلك يتحقق فى صورة إحاطة الدين بل فى صورة عدم إحاطته أيضا بالنظر إلى البعض الساقط بمقدار الدين كما لايخفى . وأما اختصاص حق المولى بإذن العبد فلا يضرّ إذ المقصود بالذات فى كتاب المأذون بيان إذن العبد . وإنما يبين فيه إذن الصبىّ أيضا على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره فى تفسير الإذن فى الشرع على ما هو المقصود بالذات فى كتاب المأذون . ثم إن صاحب النهاية قال : وأما حكمه فما هو التفسير الشرعى وهو فك الحجر الثابت بالرقّ شرعا عما يتناوله الإذن لا الإنابة والتوكيل . لأن حكم الشىء مايثبت به ، والثابت بالإذن فى التجارة فك الحجر عن التجارة . وقال : هذا ما ذكره فى المبسوط والإيضاح والذخيرة والمغنى وغيرها اه. وقد اقتفى أثره الإمام الزيلعى حيث قال فى التبيين : وحكمه هو التفسير الشرعى وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه . أقول : كون حكم الإذن ماهو تفسيره الشرعى غير معقول المعنى ، لأن حكم الشىء على ما تقرر عندهم إنما هو أثره الثابت به المترتب عليه ، وقد أشار إليه صاحب النهاية أيضا بقوله لأن حكم الشىء ما يثبت به ، ولا يذهب على ذى مسكة أن ما يثبت بالشىء ويصير أثرا مترتبا عليه لايصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشىء محمولا عليه بالمواطأة . ثم أقول : ليس المذكور فى الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعى ، بل المذكور فيها هكذا ، وأما بيان حكمه فنقول : حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الإذن لاالإنابة ولا التوكيل ، لأن حكم

وفى الشرع : فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) فإن المولى إذا أذن لعبده فى التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لأجله

(قوله وفى الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) أقول : لايخفى عليك أن إذن الصبى والمعتوه ليس فيه إسقاط الحق ، وسيجىء تفصيله .

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرق بقى أهلا للتصرف باسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى ، لأنه ماعهد تصرفه إلا موجبا تعلق الدين برقبته وبكسبه ، وذلك مال المولى فلا بد من إذنه كى لايبطل حقه من غير رضاه ، ولهذا لايرجع بما لحقه من العهدة على المولى ،

الشيء ما يثبت به ، والثابت بالإذن فى التجارة فك الحجر عن التجارة اهـ . فيجوز أن يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبنى للمفعول فيئول إلى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر . ولا شك أن المراد بفك الحجر المذكور فى تفسير الإذن شرعا ما هو مصدر من المبنى للفاعل وصفة للإذن . فيصح أن يكون المذكور فى تلك الكتب حكما للإذن الشرعى ، إذ لاريب أن الانفكاك أثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر . ثم إن الأظهر فى بيان حكم الإذن ماذكره صاحب غاية البيان وعزاه إلى التحفة حيث قال : وأما حكمه فلك المأذون ماكان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها ، وعدم ملكه ما لم يكن كذلك ، إلى هذا أشار فى التحفة ، وذلك لأن حكم الشيء مايثبت بالشيء . والثابت بالإذن ما قلنا فكان حكما له ، إلى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ، لأنه بعد الرق بقى أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) فإن قيل : المأذون عديم الأهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغى أن لايكون أهلا لنفس التصرف . لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه . أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك . ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه . وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الأصلى للتصرف ، وملك العين شرع للتوصل إليه فما هو الحكم الأصلى يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه ، وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات . ففى اختار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث بنفسه ،كذا ذكر فى كثير من شروح هذا الكتاب وفى عامة كتب الأصول . أقول : فيه بحث ، لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ماتقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقبة لايدا . والمدبر مملوك له يدا لا رقبة ، والقن مملوك له يدا ورقبة . فإن الرقيق إذاكان مالكا يده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا فى صورة إن كان قنا أو مدبرا . وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالإذن أو الكتابة فلا يتم التقريب ، إذ كلام المصنف وغيره صريح فى أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل فى التوجيه (قوله ولهذا لايرجع بما لحقه من العهدة على المولى)

محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل إذنه (والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقى أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز) لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه (فلا بد من إذنه كى لايبطل حقه من غير رضاه)فقوله وإسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فك الحجر .وقوله عندنا إشارة إلى خلاف الشافعى رحمه الله ، فإن الإذن عنده توكيل وإنابة ، وصحح المصنف رحمه الله كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لايقبل التأقيت . فإنه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الأصلية وأنها عامة لاتختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه إسقاط لحق المولى لاغير ، إذ الإسقاطات لاتتوقت كالطلاق والعتاق . فإن قيل: قوله فك الحجر جواب وإسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أنه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك كما أشرنا إليه . والثانى أن بحكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لامن حيث كونه تعريفا ، وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله (ولهذا لايرجع بما لحقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد

ثم اعلم أن قوله وإسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الحجر (قوله كما أشرنا إليه) أقول : يعنى بقوله وصحح المصنف الخ (قوله ولهذا لايرجع بما لحقه من العهدة الخ) أقول : قال صاحب الهداية فى أول الوكالة إن وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء وعبدا محجورا عليه جاز ، ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما (قوله وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء)

ولهذا لايقبل التأقيت ، حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه ؛ لأن الإسقاطات لاتتوقت ، ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة ، كما إذا رأى عبده يبيع

قال فى العناية : وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله ولهذا لايرجع بما لحقه من العهدة على المولى . وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع . والعبد فى الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف فى ذمته بإيجاب الثمن فيها ، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لامحالة . ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وإن كذبه المولى فكان الشراء حقا له ، وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضا ، لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اهـ . وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة . أقول : يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لامال له حتى يبيع أنه لايلزم من أن لايكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فإنه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتى فى الكتاب ، ولا يقتضى شىء منهما أن يكون له مال كما لايخفى . ويمكن أن يقال : يجوز بناء قوله المزبور على ماهو الأصل فى التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها . ولا يخفى أن الأصل فى التجارة هو البيع والشراء كما سيأتى التصريح به من المصنف ، وأنهما هما الغالب وقوعا فى باب التجارة . فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون فى أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثمة . وقال بعض الفضلاء فى حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه . والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده فى أحد قوليه على ما سيجىء . اهـ . أقول : فى كل من إيراده وجوابه سقامة . أما فى الأول فلأنه قال : بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم ، وكان الظاهر أن يقول : بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه ، على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر فى الأساس والمغرب ، وكان الصواب أن يقول : بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر . وأما فى الثانى فلأنا بصدد إثبات ما قلنا إن العبد المأذون له يتصرف بعد الإذن لنفسه بأهليته لابصدد الجواب عما قاله الخصم ، بل لم يقع التصريح من المصنف هاهنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم فى أحد قوليه دون مذهبنا ، على أنها لوحملت على مذهب الخصم لم نسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل ، والخصم لاينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه . فالذى يمكن فى الجواب ما قدمنا لاغير (قوله ولهذا لايقبل التأقيت) قال صاحب العناية : وصحح المصنف كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لايقبل التأقيت . ثم قال : فإن قيل : قوله فك الحجر وإسقاط الحق مذكور فى حيز التعريف فكيف

المأذون الشراء لأنه لامال له حتى يبيع ، والعبد فى الشراء متصرف لنفسه لاللمولى لأنه يتصرف فى ذمته بإيجاب الثمن فيها ، حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لامحالة ، ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح ، وإن كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضا ، لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه ، والرضا بالضرر لايتفاوت بين نوع ونوع . فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر . فإن قيل : العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغى أن لايكون أهلا لنفس التصرف ، لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك . أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل فى ذلك ، وقد قررنا تمام ذلك فى التقرير . فإن قيل : لوكان الإذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه والساقط لايعود . أجيب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الإسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لايعود (ثم إن الإذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة ، ، كما إذا رأى عبده يبيع)

أقول : بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه . والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده فى أحد قوليه على ما سيجىء .
ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لايتفاوت الخ) أقول : فيه بحث .

ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله .

جاز الاستدلال عليه ؟ فالجواب من وجهين : أحدهما أنه ليس باستدلال . وإنما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرّف بذلك كما أشرنا إليه . والثانى أن حكمه الشرعى هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لامن حيث كونه تعريفا اه كلامه . أقول : فى كل من وجهى الجواب نظر . أما فى الأول فلأن تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال ، فإن ما يدل على ذلك هو الدليل ، وتصحيح النقل به هو الاستدلال ، فما معنى قوله إنه ليس باستدلال . وأما فى الثانى فلأن كون حكمه الشرعى هو تعريفه مما لايكاد يصح . لأن حكم الشىء ما هو خارج عنه مباين له وإن كان أثرا مترتبا عليه ، وتعريف الشىء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به فى الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر . وقد مر مثل ذلك من قبل . والحق فى الجواب أن يقال : ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لايقبل الاستدلال عليه لأنه تصوّر ، والتصوّر لايكتسب من التصديق بل على الحكم الضمنى . كأن يقال : هذا التعريف صحيح ، وهذا التعريف مطابق لأصولنا أو نحو ذلك . ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا . ونظير هذا ما حققوا فى فنه من أن المنع والنقض والمعارضة فى التعريف إنما تتوجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات . تدبر ترشد

من ماله شيئا (ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف فى الأصول . قالا : السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجورا . والمحتمل لايكون حجة . وقلنا : جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان ، إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى . ومعاملتهم قد تفضى إلى لحوق ديون عليه ، وإذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لايعتق وفى ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم ولا إضرار فى الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لايلحقه . فكان موضع بيان أنه راض به أولا ، والسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان بيان . فإن قيل : عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن إذنا ، والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذنا ، وإذا رأى رقيقه يزوّج نفسه وسكت لايكون إذنا فما الفرق ؟ أجيب بأن الضرر فى التصرف الذى رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بسكوته ، وليس فى ثبوت الإذن فى غيره ذلك لما قلنا إن الدين قد يلحقه وقد لايلحقه . ولا يلزم من كون السكوت إذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذنا بالنظر إلى متحقق . وهو الجواب عن بيع الأجنبى ماله . وفى الرهن لم يصر سكوته إذنا لأن جعله إذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد . وقد لايصل إلى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق . لا يقال : الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم ، لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف ، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية ، وبطلان ملك المرتهن عن اليد باتّ فكان أقوى . وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوّج نفسه فإنما لم يصر السكوت فيه إذنا . قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله : لأن السكوت إنما يصير إذنا وإجازة دفعا للضرر ، ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والأمة ، لأن النكاح يكون موقوفا ، لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه ، ومنافع بضع المملوكة كذلك ، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد . وقيل : فيه نظر ، لأنه لاكلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته ، وإنما هو فى أن سكوته إجازة أولا ،

(قوله إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول : لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغترّ بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ، ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق ، لأن الدين قد يلحقه وقد لايلحقه) أقول : إذا كان لحوق الدين غير متحقق كان الضرر فى حق الناس أيضا متوهما فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد ، لابد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر ، لأنه لاكلام فى أن نكاح الرقيق الخ) أقول : وعندى أن النظر غير وارد ، لأن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر ، فحيث لاضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذنا .

ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له . ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم. قال (وإذا أذن المولى لعبده فى التجارة إذنا عاما جاز تصرفه فى سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك فى التجارة ولا يقيده . ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الإعيان لأنه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرّع ، حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالهبة .

(قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الإمام الزيلعى فى التبيين بعد أن قال مثل هذا : هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره . وذكر قاضيخان فى فتاواه : إذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا ، وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اهـ . أقول : كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيخان فى فتاواه ، وليس الأمر كما فهمه . إذ الظاهر أن مراد الإمام قاضيخان أن سكوت المالك فيما إذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله لا يصير إذنا فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت لا فى حق سائر التصرفات ذلك العبد فى باب التجارة مطلقا ، ويرشد إليه قوله وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن . فإن المراد هناك عدم صحة التصرف الذى صادفه السكوت بلا ريب . ولا دلالة فى كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت إذنا فى حق التصرف الذى صادفه السكوت فيما إذا باع عينا مملوكا للمولى بغير رضاه ، بل خلافه مصرح به فى أكثر الشروح وعامة المعتبرات . قال فى البدائع : وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهاه فيصير مأذونا فى التجارة عندنا إلا فى البيع الذى صادفه السكوت . وأما فى الشراء فيصير مأذونا ، وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصير مأذونا اهـ . وقال فى المحيط البرهانى : قال محمد رحمه الله فى الأصل : إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عن ذلك يصير العبد مأذونا فى التجارة عند علمائنا الثلاثة ، وإذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا فى التجارة ، ولكن لا يجوز بيعه مال المولى . قال محمد رحمه الله : وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشترى شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا فى التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء كذا هاهنا اهـ . فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان فى فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله فى الأصل بقوله وإذا رأى عبدا يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا فى التجارة ، فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرّر به لو لم يكن مأذونا له ، ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب

ولعل الصواب أن يقال : إن فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت إذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبىّ بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا ، لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له . ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شىء وشىء من الوجوه المذكورة : أعنى أن يبيع عينا مملوكا للمولى الخ . قال (وإذا أذن المولى لعبده فى التجارة) إذا قال المولى لعبده أذنت لك فى التجارة ولم يقيد بشىء كان إذنا عاما بالتصرف فى جنس التجارة بلا خلاف ، فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان ، لأن التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الأعيان ، لأنه أى بيع الأعيان أصل التجارة ، والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه ، وكذا بالفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالا : البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود ، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف فكان بمنزلة التبرع ، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث ، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود . ولأبى حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحرّ فيملكه العبد المأذون لأنه بعد الإذن كالحرّ يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم ، واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة .

وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحرّ ، وعلى هذا الخلاف الصبيّ المأذون (ولوحابى فى مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن جميع ما بقى) لأن الاقتصار فى الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ، وإن كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى أدّ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما فى الحرّ (وله أن يسلم ويقبل السلم) لأنه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لأنه قد لا يتفرغ بنفسه . قال (ويرهن ويرتهن) لأنهما من توابع التجارة فإنه إيفاء و استيفاء (ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض مزارعة) لأن فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه فى أرضه) لأنه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام « الزارع يتاجر ربه » (وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لأنه من عادة التجار (وله أن يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للشافعى وهو يقول : لايملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه .

العناية فى تفصيل هذا التعليل : وقلنا جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان ، إذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى إلى لحوق ديون عليه ، وإذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق ، وقد يعتق وقد لايعتق وفى ذلك إضرار بالمسلمين بإتواء حقهم ، ولا إضرار فى الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لايلحقه ؛

وذلك لايدل على أنه لاينفذ من المأذون كالغبن اليسير فإنه يصح من المأذون بالاتفاق ، وفى حق المريض يعتبر من الثلث ، فأبوحنيفة رحمه الله سوّى هاهنا بين البيع والشراء فى الغبن الفاحش . وفرّق بينهما فى تصرف الوكيل لأن الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل فى الشراء متهما فى أنه اشتراه لنفسه ، فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر ؛ وهذا لايوجد فى تصرف المأذون لما مر أنه لايرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء فى حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبيّ) إذا أذن له أبوه فى التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبى حنيفة (ولو حابى العبد المأذون فى مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال إذا لم يكن عليه دين) فينفذ وإن زادت على الثلث (وإن كان) عليه دين (فمن جميع ما بقى) يعنى يؤدى دينه أولا فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لأن الاقتصار فى الحرّ على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) . لايقال : المولى وارث لأنه رضى بالإذن بسقوط حقه ؛ ولهذا لوأسقط الوارث حقه فى الثلثين لنفذ تصرف المريض فى الكل (وإن كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة (ويقال للمشترى : أدّ جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما فى الحرّ) يعنى إذا حابى فى مرض موته (والمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه ويوكل بالبيع والشراء ، لأن كل ذلك من صنيع التجار وهو لايتفرّغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرتهن لأنهما إيفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ، ويملك أن يتقبل الأرض) أى يستأجرها (ويستأجر الأجراء والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار . ويأخذ الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج . وذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم ، لأنه إذ لم يحصل خارج لايلزمه شىء بخلاف الاستئجار بالدراهم ؛ وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو آجر نفسه من ربّ الأرض لعمل الزراعة ببعض الخارج ، ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجىء فكذا هذا (وله أن يشترى طعاما فيزرعه فى أرضه لأنه يقصد به الربح . قال صلى الله عليه وسلم « الزارع يتاجر ربه » وله أن يشارك شركة عنان)وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الإذن ، فلو فعل ذلك كانت عنانا لأن فى المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدرما يملكه المأذون وهوالوكالة (ويدفع المال مضاربة ويأخذها لأنه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فى أحد قوليه (لأنه لايملك العقد على نفسه) لكونه نائبا عن مولاه فى التصرف فى كسبه ؛ ألا ترى أنه لايملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه(فكذا على منافعها لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله) لأن المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع إليه مالا (و) ماهو رأس المال المأذون له بالاكتساب (يملك التصرف فيه)

إلا إذا كان يتضمن إبطال الإذن كالبيع لأنه ينحجر به ، والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى . أما الإجارة فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه . قال (فإن أذن له فى نوع منها دون غيره فهو

فكان موضع بيان أنه راض به أولا ، والسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان بيان اه . واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما أن يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه . أقول : ليس هذا بوارد ، لأن المعامل لايغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لايرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه ، وقد صرح به فى الكافى وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بأن من لايرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه . فإذا لم ينه علم أنه راض فجعل سكوته إذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس ، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف ، كما فى سكوت النبى عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير ، وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه . فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل إلى السؤال من المولى ، وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته ، هلا تكون النظائر لما عامله دون خلافه ؟ ثم أقول : بقى شىء فى تقرير صاحب العناية ، وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لايلحقه . وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لاتلحقه ، فما الفرق والرجحان لابد من البيان . ثم قال فى العناية : فإن قيل : عين ذلك التصرف الذى رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن إذنا ، والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذنا ، وإذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن إذنا ، فما الفرق ؟ أجيب بأن الضرر فى التصرف الذى رآه متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه فى الحال فلا يثبت بالسكوت ، وليس فى ثبوت الإذن فى غيره ذلك لما قلنا إن الدين قديلحقه وقد لايلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت إذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه إذنا بالنظر إلى متحقق ، وهو الجواب عن بيع الأجنبى ماله ، وفى الرهن لم يصر سكوته إذنا لأن جعله إذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد ، وقد لايصل إلى يده من محل آخر فكان فى ذلك ضرر متحقق . لايقال : الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن ، فترجيح ضرر المرتهن تحكم لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف ، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية ، وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى . وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فإنما لم يصر السكوت فيه إذنا . قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام ، لأن السكوت إنما يصير إذنا وإجازة دفعا للضرر . ولا ضرر على أحد فى نكاح العبد والأمة لأن النكاح يكون موقوفا . لأن نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه ، ومنافع بضع المملوكة كذلك . وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا ، وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد . وقيل : فيه نظر . لأنه لاكلام فى أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته ، وإنما هو فى أن سكوته إجازة أو لا ، ولعل الصواب أن يقال : إن فى ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت إذنا ، إلى هنا لفظ العناية . وقال بعض الفضلاء : وعندى أن النظر غير وارد ، لأن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر فحيث لاضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذنا اه . أقول : كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر ، إذ لاكلام فى أن كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر ، وإنما هو فى أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا ، إذ لاشك أنه موقوف على إذن المولى ، فإن كان سكوته إذنا تحقق الضرر فيه وإلا فلا

ضرورة . والمأذون يملك التصرف فى نفسه ، والتصرف فيها إما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها ، لاجائز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فإنه ما أذن له إلا للربح ، فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى إلى عدم الربح ، فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل ، فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود . قال (فإن أذن له فى نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الإذن عندنا فك الحجر وإسقاط الحق ، وعند زفر والشافعى رحمهما الله

مأذون فى جميعها) وقال زفر والشافعى : لايكون مأذونا إلا فى ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر . لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب . ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على مابيناه ، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع . بخلاف الوكيل لأنه يتصرف فى مال غيره فيثبت له الولاية من جهته ، وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين

فحيث احتمل أن يكون سكوته إذنا فى صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها إذنا لزم المصادرة ، إذ هو أول الكلام الذى طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه فى أصل السؤال ،وهذا هو المراد بقوله فى النظر وإنما هو فى أن سكوته إجازة أو لا . تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر)يعنى إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر من التجارة بعد أن آذن له فى نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهى عن التصرف فى نوع آخر منها بعد أن أذن له فى نوع مخصوص منها . والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذونا فى جميع التجارات . خلافا لزفر والشافعى كما ذكر فى الإيضاح ونقل عنه فى النهاية ومعراج الدراية . قال صاحب العناية فى هذا المقام : وكذا لو كان أذن له إذنا عاما ثم نهاه عن نوع اهـ . أقول : هذا الشرح لايطابق المشروح ، إذ المراد به ماقررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر فى قول المصنف إذا نهاه عن التصرف فى نوع آخر . ويأبى ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا ؛ كيف ومسئلة الإذن العام قد مرت مع متفرعاتها فى الصحيفة الأولى ، ، ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الإذن فى نوع خاص فلا معنى لخلطه حديث الإذن العام هاهنا كما لايخفى (قوله ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ،وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) أقول : لقائل أن يقول

أنه توكيل وإنابة ، وعلى ذلك تنبنى هذه المسئلة ، وهى أنه إذا أذن له فى نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره (كان مأذونا له فى جميع أنواعها عندنا وعندهما فى ذلك النوع خاصة ، وكذا لو كان أذن له إذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا : الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له) أى للمولى (دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الإذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له ربّ المال اعمل مضاربة فى البزّ مثلا (ولنا أن الإذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) فى أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص إذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لايجوز . ونوقض بالإذن فى النكاح فإنه فك الحجر وإسقاط الحق . وإذا أذن للعبد أن يتزوّج فلانة ليس له أن يتزوّج غيرها . وأجيب بأن الإذن فيه تصرف فى ملك نفسه لا فى ملك الغير ؛ لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لايجوز إلا بولى، والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ، ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف . فإن قيل : قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة فى البزّ دون الخز . أجيب بأنه ضرر غير متحقق ؛ ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به ، على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة رضى الله عنه يدفع ذلك . وبالجملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لأنه يتصرف فى مال غيره . وقوله (وحكم التصرف)

(قوله إذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لايجوز) أقول: لايقال: فينبغى أن لايجوز الحجر بعد الإذن لأن التصرف فى ملك الغير إنما يكون إذا كان للغير ملك ، وفى الحجر بعد الإذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بأن الإذن فيه تصرف الخ) أقول: يعنى لانسلم أنه فك الحجر وإسقاط الإذن ، بل هو توكيل وإنابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول : السؤال معارضة ، فما لم تظهر قوة هذا الدليل لايندفع السؤال

والنفقة ، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه . قال (وإن أذن له فى شيء بعينه فليس بمأذون) لأنه استخدام ، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لأهله ، وهذا لأنه لو صار مأذونا ينسدّ عليه باب الاستخدام ، بخلاف ما إذا قال : أدّ إلىّ الغلة كل شهر كذا ، أو قال أدّ إلىّ ألفا وأنت حرّ لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب ، أو قال له اقعد صباغا أو قصارا لأنه أذن بشراء مالا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا فى الأنواع . قال (وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع) لأن الإقرار من توابع التجارة ،

إن أريد أنه إسقاط الحق بجملته وفك الحجر بذمته فهو ممنوع ، كيف ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات ، وليس كذلك قطعا كما سيأتى فى الكتاب ، وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر فى بعض التصرفات فهو مسلم ، لكن لايثبت به المدعى إذ لايلزم منه إسقاطه وفكه فى جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له فى جميعها كما هو المدعى . فإن قلت : المراد أنه إسقاط الحق وفك الحجر فى بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له فى جميع أنواع هذا الجنس لا فى جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى . قلت : فلقائل أن يقول : إن أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لايتخصص بذلك إذا أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم ، لكن لايجدى طائلا لأن مانحن فيه صورة التقييد ، وإن أريد بذلك أنه لايتخصص بنوع دون نوع وإن قيده بذلك فهو ممنوع ، كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الإذن فى نوع من التجارة إذنا فى جميعها فيؤدى إلى المصادرة على المطلوب . فإن قلت : علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص إذ ذاك تصرفا فى ملك الغير وهو لا يجوز اهـ فلا مصادرة على المطلوب . قلت : ذلك التعليل ليس بتام ، إذ لقائل أيضا أن يقول : إنما يكون التخصيص تصرفا فى ملك الغير أن لو أطلق الإذن أولا فيتحقق إسقاط الحق وفك الحجر على الإطلاق وظهر مالكية العبد فى التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها ، وما نحن فيه ليس كذلك . إذ الكلام فيما إذا قيده أولا فقال أذنت لك فى هذا النوع فقط ،

جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند : أى لانسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى ، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة بغير إذن المولى . وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه ، وموضعه أصول الفقه . قال (وإن أذن له فى شيء بعينه) إذا أذن المولى فى شيء بعينه مثل أن يقول : اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للأهل لم يكن مأذونا ، وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا إذا كان المراد به الاستخدام ، لأنه لو جعل ذلك إذنا لانسد باب الاستخدام لإفضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح إقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ بها فى الحال ، فلا يستجرئ أحد على استخدام عبده فيما اشتدت إليه حاجته لأن غالب استعمال العبد فى شراء الأشياء الحقيرة فلا بدّ من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة ، وهو أنه إن أذن بتصرف يتكرر صريحا مثل أن يقول اشتر لى ثوبا وبعه ، أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة ، كما إذا قال أدّ إلىّ الغلة كل شهر ، أو أدّ إلىّ ألفا وأنت حرّ ، فإنه طلب منه المال وهو لايحصل إلا بالتكسب ، فهو دلالة التكرار ، أو قال اقعد صباغا أو قصارا ، لأنه أذن بشراء مالابد له منه دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك إذنا ، وإن أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لايكون إذنا . ونوقض بما إذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فإنه إذن فى التجارة وليس الأمر بعقد مكرر . والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة ، وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه ، والإذن قد صدر منه صريحا ، فإذا بطل التقييد ظهر الإطلاق ، وكلام المصنف رحمه الله يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى ، والإذن بالأول دون الثانى فتأمل . قال (وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز) إقرار المأذون له بالديون والغصوب والودائع جائز (لأن الإقرار بها من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر ، فإن البائع قد لايقبض الثمن فيكون دينا أو يقبض فيودع عنده ،

(قوله لعدم ولايته عليه) أقول : فلا يمكن حمله على الاستخدام إذ لاملك له فيه .

إذ لو لم يصح لأجتنب الناس مبايعته ومعاملته ، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار فى صحته ، فإن كان فى مرضه يقدم دين الصحة كما فى الحرّ ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لأنه كالمحجور فى حقه . قال (وليس له أن يتزوّج) لأنه ليس بتجارة . قال (ولا يزوّج مماليكه) وقال أبو يوسف : يزوّج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها . ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة . ولهذا لايملك تزويج العبد . وعلى هذا الخلاف الصبىّ المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصىّ . قال (ولا يكاتب) لأنه ليس بتجارة . إذ هى مبادلة المال بالمال . والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن المولى قد ملكه

ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولآخره الذى هو قيده حكم آخر : بل للمجموع حكم واحد يتم أوله بآخره ، فمن أين يلزم التصرف فى ملك الغير ؟ تأمل جدا . ثم قال صاحب العناية : ونوقض بالإذن فى النكاح ، فإنه فك الحجر وإسقاط الحق ، وإذا أذن للعبد أن يتزوّج فلانة ليس له أن يتزوّج غيرها . وأجيب بأن الإذن فيه تصرف فى ملك نفسه لا فى ملك الغير ، لأن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لايجوز إلا بولىّ ، والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ، ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف .

وأما بالغصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان ، فالضمان الواجب به من جنس التجارة ، ومن ملك التجارة ملك توابعها لأنه لولم يملكها لأدّى ذلك إلى انتفاء التجارة ، فإن الناس إذا علموا أن إقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق فى صحته بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار فى صحته : فإن كان فى مرضه يقدم دين الصحة كما فى الحرّ) والجامع تعلق حق الغرماء بما فى أيديهما من المال والكسب (بخلاف الإقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقرّ أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فافتضها فإنه لم يصدق فيه (لأنه كالمحجور فى حقه) وكذا لو أقرّ بجناية على حرّ أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فإقراره باطل ، ولا يؤاخذ به حتى يعتق . لأن فك الحجر إنما يظهر فى حق التجارة ، فما ليس من باب التجارة لم يظهر فى حقه فكان إقراره كإقرار المحجور . قال (وليس للمأذون أن يتزوّج لأنه ليس بتجارة . قال : ولا يزوّج مماليكه) لذلك (وجوّز أبو يوسف رحمه الله تزويج الإماء لأنه تحصيل المال) وهو المقصود بالإذن (فكان كالإجارة ، وقالا : الإذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار ، وإنكاح الأمة ليس من ذلك . وقوله (ولهذا لايملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية ، بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبىّ المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصىّ) يعنى أن هؤلاء لايملكون تزويج العبد بالاتفاق ، ولا تزويج الأمة عندهما خلافا لأبى يوسف رحمهم الله . قال فى النهاية : فى هذه الرواية نظر ، لأنه ذكر قبل هذا فى كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما : يعنى الأب والوصىّ أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف ، حيث جعل الأب والوصىّ هناك فى رقيق الصغير بمنزلة المكاتب ، وللمكاتب أن يزوّج أمته لأنه اكتساب لاستفادته المهر . قال : وما ذكره فى المكاتب أصح لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافى وأحكام الصفار . وقال بعض الشارحين : يحمل على أن فى المسئلة روايتين . قال (ولا يكاتب لأنه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكاتب لأنه يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة (لأن التجارة مبادلة المال بالمال ، والبدل) وإن كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) لأن هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة فتكون الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء ، وبيانه ما قاله (لأن المولى قد ملكه) لأن كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة

ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق إلى المولى ، لأن الوكيل فى الكتابة سفير . قال (ولا يعتق على مال) لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى (ولا يقرض) لأنه تبرّع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض . وكذا لا يتصدق) لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة . قال (إلا أن يهدى اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين . بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته . وعن أبى يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوا قبل الشهر يتضرّر به

فإن قيل : قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد يتضرّر المولى بغير ماخصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة فى البزّ دون الخز . أجيب بأنه ضرر غير متحقق . ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة يدفع ذلك . وبالجملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال واردا ، إلى هنا كلامه . أقول : إن قوله وبالجملة الخ ليس بشىء . أما أوّلا فلأن حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغى أن لا يجوز ، ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متصرفا بأهليته ومالكيته لا يدفع ورود ذلك ، إذ لا شك أن المتصرف بأهليته ومالكيته لا يملك الإضرار بالغير ، إذ لا إضرار فى الإسلام . وأما ثانيا فلأنه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة ، وإلا يلزم أن ينسدّ باب المعارضة بالكلية لأنها إقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ، ولا شك أن السؤال المزبور معارضة ، فالوجه فى الجواب عنه ما ذكره فى أوائل جوابه دون

(ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق) وهى مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (إلى المولى لأن الوكيل فى الكتابة سفير) لكونها إسقاطا فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهته . ولقائل أن يقول : الوكيل سواء كان سفيرا أو لا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة وهاهنا ليس كذلك . ويمكن أن يجاب عنه بإثبات الوكالة بطريق الانقلاب ، وإنما قال ولا دين عليه لأنه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا بطلت كتابته وإن أجازه المولى لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد ، وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قلّ الدين أو كثر (ولا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد مابقى عليه درهم (فالإعتاق أولى) وهذا إذا لم يجز المولى ، فإن أجاز ولا دين عليه جاز لأنه يملك إنشاء العتق فيملك الإجازة وقبض المال إلى المولى دون العبد ، وكذا إذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لأنه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة ، فكذا إذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض ، لأن ما يؤديه (كسب الحرّ ولا حق لهم فى كسب الحرّ ، بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدى فى حال الرقّ فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدّق ، لأن كل ذلك تبرّع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة ، إلا أن يهدى اليسير من الطعام أو يضيف) ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير إلى أن إهداء غير المأكولات لا يجوز أصلا ، والإهداء اليسير راجع إلى الضيافة اليسيرة ، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته . قال محمد بن سلمة رحمه الله : إن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا ، وإن كان مال تجارته عشرة دراهم مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيرا عرفا ، والهدية

(قوله لأنه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا) أقول : قال الإمام العلامة الزيلعى : وهذا مشكل ، فإن الدين إذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما فى يده لا يمنع الدخول فى ملك المولى بإجماع أصحابنا ، حتى جاز للمولى عتق ما فى يده ، فكيف تتصور هذه المسئلة على قول من يأبى هذا وإنما الخلاف فى المستغرق ، فعند أبى حنيفة يمنع من دخوله فى ملك المولى وعندهما لا يمنع اهـ (قوله قل الدين أو كثر) أقول : فيه بحث (قوله بخلاف بدل الكتابة فإنه يؤدى الخ) أقول : فيه نوع تأمل ، فإنه إذا كان مديونا لا تجوز الكتابة إلا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة ، وفيه وجه آخر فتدبر .

المولى . قالوا : ولابأس للمرأة أن تتصدّق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه . لأن ذلك غير ممنوع عنه فى العادة . قال (وله أن يحطّ من الثمن بالعيب مثل مايحط التجار) لأنه من صنيعهم . وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرّع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ، ولا كذلك المحاباة فى الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه (وله أن يؤجل فى دين وجب له) لأنه من عادة التجار. قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى) وقال زفر والشافعى : لايباع ويباع كسبه فى دينه بالإجماع . لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لاتفويت مال قد كان له ،

قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أى يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضا المولى . فإن قيل : ما وجه البيع على قول أبى حنيفة وهو لايرى الحجر على الحرّ العاقل بسبب الدين وبيع القاضى العبد بغير رضا مولاه حجر عليه . أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه ، لأنه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه ، إذ لايجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصوّر فكان كالتركة المستغرقة بالدين فى جواز أن يبيعها القاضى على الورثة إن امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لايعدّ حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء ، كذا فى العناية وعامة الشروح ، وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية إلى الذخيرة . أقول : فى الجواب نظر ، لأنه لايحسم مادة الإشكال ، إذ لسائل أن يعيد الكلام إلى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك ، فإنه يقتضى الحجر على الحرّ العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبى حنيفة . ثم إن الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر . إذ لايثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين ، لأن حق الغريم يقدم على حق الوارث . ولهذا إذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لاينفذ إعتاقهم ، بخلاف العبد المأذون له فإن ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ إعتاقه إياه ، وسيأتى ذلك كله فى الكتاب ، فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين إنما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبى حنيفة ، وهو أن لايرى الحجر بسبب الدين . وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لايخفى فتأمل (قوله إلا أن يفديه المولى) قال صاحب العناية : وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصوّر اهـ . أقول : فيه بحث ، لأن قوله إلا أن يفديه المولى إنما يشير إلى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء . لأنه إنما يتصوّر إذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصوّر ، وأما أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا فلا إشارة فى قوله المذكور إليه ، لأن الفداء من المولى إنما يتصوّر عند حضور المولى أو نائبه . وأما عدم الفداء منه فكما يتصوّر عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لايخفى . والبيع إنما يجوز فيما إذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقى بعد الثنيا فى المسئلة المذكورة ، فلما تصوّر عدم الفداء فى كل من صورتى الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضا فمن أين حصلت الإشارة إلى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى ؟ نعم البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا : هذا إذا كان المولى حاضرا . فأما إذا كان غائبا

بالمأكول كالضيافة به . والقياس أن لايصح شيء من ذلك لأنه تبرّع . لكن تركناه فى اليسير لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين . والمجاهز هو الغنى من التجار فكأنه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرّف إلى المجاهز . كذا فى المغرب وباقى كلامه ظاهر . قال (وديونه متعلقة برقبته) إذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو فى معناها ، فإن كان له كسب بيع بدينه بالإجماع ، وإن لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايباع) لأن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له لم يكن حاصلا لاتفويت مال حاصل . وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى .

وذلك فى تعليق الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شىء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية ، واستهلاك الرقبة بالجناية لايتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك ، والجامع دفع الضرر عن الناس ، وهذا لأن سببه التجارة وهى داخلة تحت الإذن . وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة . فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى . وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه .

فإنه لايبيع العبد حتى يحضر المولى ، فإن الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه ، بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين وإن كان المولى غائبا لأن الخصم فيه هو العبد اه . لكن الكلام فى حصول الإشارة إليه فى القول المصنف إلا أن يفيده المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لأن سببه التجارة وهى داخلة تحت الإذن) قال صاحب العناية : وهذا إشارة إلى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسببها داخل تحته ، وإذا كان داخلا تحته كان ملتزما ، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس . وقال : ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى اه . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن الأوجه هو الذى ذكره ثانيا بقوله ويجوز أن يكون بيانا الخ وإن كان أسلوب تحريره يشعر بخلافه ، وذلك لأن كون سبب

وقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه . فإن قيل : إذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك . أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية ، واستهلاك الرقبة بالجناية لايتعلق بالإذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك ، وليس الكلام فى ذلك وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن (ولنا أن ذلك دين واجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى) بالإذن ، وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه فى حق المولى(تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) إشارة إلى دفع الضرر . وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسببها داخل تحته ، وإذا كان داخلا تحته كان ملتزما ، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس . ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى . وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له الخ ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك . فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى . فإن قيل : لايصلح أن يكون غرضا للمولى لأنه يتضرر به والضرر لايكون غرضا . أجاب بقوله (وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه) وفيه إشكال ، وهو أن المبيع إن كان باقيا وفيه وفاء بالديون لايستحق بيع العبد . وإن لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله فى ملكه دافعا للضرر . وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فإنه لايجب على المولى رده إن كان باقيا ، ولا ضمانه إن لم يكن . بل يباع العبد بالدين إن اختاره المولى ويكون البيع جابرا لما فات من العبد ، والظاهر أن الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد . قيل : وليس بواضح ، وذلك لأنه لاتنافى بينهما ، غير أنه يبدأ بالكسب فى استيفاء نظرا للجانبين ، وعند عدمه يستوفى من الرقبة لأنه لادليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره ، بل الواضح فيه أن يقال : المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر فى الكتاب ، وذلك لايكون إلا بعد دخول مبيع ، أو ما هو فى معناه فى ملك المولى ودخوله فى ملكه يقابل ما يفوته ، وهلاكه فى ملكه لايخرجه

(قوله وهذا إشارة) أقول : ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته (قوله إلى دفع الضرر) أقول : يعنى الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته (قوله قيل وليس بواضح ، إلى قوله : لأنه لادليل الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن ندور الشراء بغبن يوضحه

وتعلقه بالكسب لاينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما ، غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة . وقوله فى الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو فى معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها ، وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به

الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الإذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما فى حق تضرر الناس. فإنهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير إذن المولى . وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الإذن أو تجارة غير داخلة تحته ، كما إذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة . وأما فى حق ظهور وجوب الدين فى حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة . فبالحمل على المعنى الأول لايتم الفائدة والتقريب . وأما بالحمل على المعنى الثانى فيتم كل ذلك ، لأن المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم إبطال حق المولى من غير رضاه، وإذا ظهر وجوب الدين فى ذمة العبد المأذون فى حق المولى بدخول سببه تحت إذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته . ومما يقرر المعنى الثانى تحرير صاحب الكافى دليلنا هاهنا حيث قال : ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى. لأنه وجب بسبب التجارة وإذنه قد ظهر فى حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس،وكذا تحرير صاحب الغاية إياه حيث قال : ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك . أما وجوبه على العبد فظاهر . وأما ظهوره فى حق المولى فلأن سبب الدين هو التجارة بإذن المولى فكان ظاهرا فى حق المولى لا محالة ، وإذا ظهر فى حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما فى دين الاستهلاك ، بخلاف ما إذا أقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر فى حق المولى لعدم إذنه اهـ كلامه . ثم إن بعض الفضلاء قال : هاهنا : ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة إلى تعلق الدين برقبته اهـ . وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا : أى كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة،وهى أى التجارة داخلة تحت الإذن اهـ . أقول : هذا الاحتمال هاهنا ليس بشيء لأن تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذى وقع فيه الخلاف لزفر والشافعى، ولو كفى فى إثبات

عن المقابلة ، والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لأن الشراء بغبن نادر . ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الديون التى على العبد بالعبد ، ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر ، وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد . والجواب الأول على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض . والثانى عام لكنه إنما يستقيم على مذهبهما ،فإن المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء . وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة . وذلك لأنه لاتنافى بينهما غير أنه يبدأ بالكسب فى الاستيفاء نظرا للجانبين ، وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم . وقوله إلا أن يفديه المولى إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضرا، لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصور لأن الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه . بخلاف بيع الكسب فإنه لايحتاج إلى حضور المولى لأن العبد خصم فيه . فإن قيل : ما وجه البيع على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو لايرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضى العبد بغير أمر مولاه حجر عليه . أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه ، لأنه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه ، إذ لايجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء . وحجر المحجور غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين فى جواز أن يبيعها القاضى على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لايعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء(قوله وقوله فى الكتاب)

(قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول :فيه تأمل(قوله والجواب الأول على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه،وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثانى عام ، لكنه إنما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول : قوله الأول أراد به ما تقدم بتسعة أسطر تخمينا ، وهو قوله وأجيب عنه بأن المراد مبيع قبضه الخ . وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخمينا ، وهو قوله على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعا الخ .

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية) لتقرّر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كى لايمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشترى (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لأن المولى إنما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب . والزيادة على

ذلك قوله لأن سببه التجارة وهى داخلة تحت الإذن لكان باقى المقدمات المذكورة فى دليلنا المزبور مستدركة. ولا يخفى أن العمدة فى إثبات مطلوبنا هذا إنما هى قوله ظهر وجوبه فى حق المولى فهو المحتاج إلى البيان ، وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ، ولذلك فرع عليه المصنف إياه بقوله فيتعلق برقبته ، فالوجه أن تكون كلمة هذا فى قوله وهذا إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين فى حق المولى لاغير . وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة ، فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : إذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة . وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم فى الثمن بقدر حقه ، كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء ، فإن بقى عليه شيء من ديونه : أى ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرّر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به اهـ كلامه . أقول : فى تقريره خلل ، فإنّ ذكر قوله فإن بقى عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال : وإن لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم ، لأنه إذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية ، وكان حق التحرير أن يقول : فما بقى عليه شيء من ديونه طولب به بعد الحرية ، بخلاف قول المصنف فإن فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية فإنه فى موقعه إذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون، بل إنما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لايكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لايخفى(قوله لأن المولى إنما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ : فكان ككسب غير منتزع اهـ . أقول : قد أخل بحق المقام بما زاده ، فإن

يعنى مختصر القدورى ، ومعناه ظاهر . قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) إذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وإن لم يكن وفاء بالثمن يضرب كل غريم فى الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء(فإن بقى عليه شيء من ديونه) أى ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرّر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لأنه صار ملكا للمشترى . والدين ما وجب بإذنه فلا يظهر فى حقه (ولا يباع ثانيا كى لايمتنع البيع) فإن المشترى إذا علم أن العبد الذى يشتريه يباع فى يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الأول ويتضرّر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشترى) لأنه لم يأذن له فى التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين ، فلو بيع عليه مع ذلك تضرّر به ، ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لايباع عليه ثانيا وإن كان راضيا بالبيع ، لأن الملك قد تبدّل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذى يبدأ به ، والذى لايبدأ به . فالكسب الذى لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة، لأن المولى إنما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع . (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك (وللمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل مايحصل من ريع

وقوله والثانى أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ(قوله ولا سبيل لهم) أقول : بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول: إذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول : ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة ،

غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم . قال (فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقه ، حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ، ولو بايعوه جاز ، وإن بايعه الذى علم بحجره ولو حجر عليه فى بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ، ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل ، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به ، وإنما يشترط الشيوع فى الحجر إذا كان الإذن شائعا . أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه . قال (ولومات المولى أو جن أولحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لأن الإذن غير لازم ، وما لايكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء ، هذا هو الأصل فلابد من قيام أهلية الإذن فى حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون . وكذا باللحوق

التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور فى الكتاب مختصا بما يقبله العبد من الهبة . مع أنه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه فى الصورتين معا بلا تفاوت . كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الأولى

الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك . ومعناه : له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد مالزمته الديون كما كان يأخذه قبل ذلك ، وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ، ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون . والقياس أن لايأخذ أصلا ، وإن أخذ شيئا رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ، ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقرر قبله للمولى لأن فى أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الإذن بسبب ما يصل إليه من الغلة : فلو لم يمكن من ذلك الحجر عليه فلا يحصل الكسب . وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لايعد ذلك من باب تحصيل الغلة ، فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها . ثم إذن المولى لعبده إما أن يكون شائعا أولا . فإن كان الأول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولأكثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه ، لأن العبد إن اكتسب شيئا أخذه المولى ، وإن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك : أى تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على إذنه إلى أن يعلم بالحجر لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به ، فكان كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل ، ولو حجر فى السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة ، وإن بايعه الذى علم بحجره لأن الإذن لايتجزأ ; ألا ترى أنه لايتجزأ ابتداء فكذا بقاء . ولو حجر فى بيته بمحضر من أهل سوقه انحجر لأن المعتبر شيوع الحجر واشتهاره : فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام . وإن كان الثانى بأن لم يعلم بالإذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والإضرار . قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف إذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالابتداء ، وعلى هذا إذا مات المولى أو جن جنونا مطبقا وقد تقدم فى الوكالة تعريفه أولحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكما : لأن اللحاق موت حكمى ولهذا يقسم

وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضا (قوله ومعناه : له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعدما لزمته الديون الخ) أقول : قوله بعد ناظر إلى قوله أن يأخذ (قال المصنف : وإن بايعه الذى علم بحجره) أقول : لفظة أن الوصل .

لأنه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته . قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي : يبقى مأذونا لأن الإباق لاينافى ابتداء الإذن ، فكذا لاينافى البقاء وصار كالغصب . ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ، بخلاف ابتداء الإذن ، لأن الدلالة لامعتبر بها عند وجود التصريح بخلافها ، وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر . قال (وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر ، وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء . ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة ، بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون) لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء ، إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم . قال (وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر ، إذ العادة ماجرت بتحصين المدبرة . ولا منافاة بين حكميها أيضا ، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه فى أم الولد . قال(وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز فيما فى يده من المال عند أبى حنيفة)

وهى تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة فى المقام ، ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله قط (قوله بخلاف ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول : لقائل أن يقول : إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغى أن لايصير الآبق محجورا فى البقاء أيضا ، إذ قد وجد التصريح بالإذن من المولى فى الابتداء فكانت دلالة الإباق على الحجر فى البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغى أن لاتعتبر . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالإذن فى الابتداء لايقتضى وجوده إلى حال الإباء ، فالمعلوم قطعا إنما هو وجوده فى الابتداء . وأما وجوده فى البقاء فإنما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ، ولذلك تكون دافعة لا مثبتة ، فيجوز أن ترجح الدلاله عليها ، وعن هذا اعتبرت

ماله بين ورثته . قال (وإذا أبق العبد صار محجورا عليه . وقال الشافعى رحمه الله : يبقى مأذونا لأن الإباق لاينافى ابتداء الإذن) فإن المولى إذا أذن لعبده الآبق فى التجارة وعلم به العبد كان مأذونا ، فلأن لاينافى بقاءه أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب الذى يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بينة أو يكون الغاصب مقرا صح . وكونه مغصوبا لاينافى الإذن فكذا كونه آبقا (ولنا أن الإباق حجر دلالة ، لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه) ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به ، وإنما لم يكن مانعا فى الابتداء لأنا نجعله حجرا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب ، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وإن عاد من الإباق هل يعود الإذن ؟ لم يذكره محمد رحمه الله ، والصحيح أنه لايعود (واستيلاد المأذون لها حجر عليها) إذا لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله : ليس بحجر اعتبارا بالابتداء) فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز ، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس . واستحسن العلماء رحمهم الله حجرها بالاتفاق ، لأن العادة جرت فى الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس فى المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ، ولامعتبر بها عند التصريح بخلافه فى الابتداء (ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها الديون لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء ، إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم) قال (وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها) معناه ظاهر ، وإنما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة فى أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها . وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أى حكم الإذن والتدبير لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق ، وحق العتق إن كان لايؤثر فى فك الحجر لايؤثر فى الحجر عليه . قال (وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز) إذا حجر على العبد المأذون له فأقر

(قوله وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب) أقول : الأولى أن يقول: او غصب العبد المأذون يبقى الإذن على ما كان، إذ لاخلاف فى صحة الإذن بعد الإباق حتى يحتاج إلى دليل .

ومعناه أن يقرّ بما فى يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقرّ بدين عليه فيقضى مما فى يده . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لايجوز إقراره . لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر ، وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ، ولهذا لايصح إقراره فى حق الرقبة بعد الحجر . وله أن المصحح هو اليد ، ولهذا لايصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة . وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته . وإقراره دليل تحققها ، بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار ، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره ، وكذا ملكه ثابت فى رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه ، وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدّل بتبدل الملك

فى البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر . وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية : فإن قلت : يشكل على هذا ما ذكره فى وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه ، فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته فى حجر رجل ، لأن فائدة عدم اعتبار اليد هى أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك ، فعلم بهذا أن ليده اعتبارا وإن كان محجورا ، والدليل على هذا ما ذكره الإمام الاستروشنى فى وديعة أحكام الصغار فى تعليل هذه المسئلة فقال : لأن العبد آدمى له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن يأخذه من المودع مالم يحضر العبد . قلت : تلك المسئلة مؤوّلة ذكر تأويلها فى الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال : وهذا إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد ، وأما إذا علم أنه كسبه فللمولى حق الأخذ ، وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ ، إلى هنا كلام صاحب النهاية . وقد اقتفى أثره صاحب العناية فى ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى . أقول : ذلك الجواب لايسمن ولا يغنى من جوع ، فإن تأويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ما ذكره الإمام الاستروشنى فى وديعة أحكام الصغار فى تعليل تلك المسئلة بما مرّ فى آخر السؤال

بما فى يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبى حنيفة رحمه الله . قال المصنف (ومعناه أن يقرّ بما فى يده أنه أمانة لغيره) وإنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب ، فبين أن المراد به التعميم وقدم الأمانة لذلك ليقضى بما فى يده للمقرّ له (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لايجوز إقراره) لأن المصحح لإقراره إما الإذن أو اليد ، ولا شىء منهما بموجود بعد الحجر . أما الإذن فلزواله بالحجر ، وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا . ورد بأنا لانسلم أن يده غير معتبرة ، فإنه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها . والمسئلة فى المبسوط . ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح فى حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء . وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد . أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه ، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره) بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها ، فإن المولى إذا انتزع ما بيده لايسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق ، وكذا إذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح إقراره . ولا يصح إقراره فى حق الرقبة بعد الحجر حتى لاتباع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق (ولأبى حنيفة رحمه الله أن المصحح لإقراره هو اليد ولهذا لايصح إقراره بما انتزعه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد باقية حقيقة) وحكما . أما حقيقة فظاهر ، لأن الكلام فى الإقرار بما فى يده . وأما حكما فلأن شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها . ولقائل أن يقول :

(قال المصنف : وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول : مخالف لما سبق فى المضاربة .

على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ، ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع . قال (وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده .

لايجدى نفعا فى دفع الإشكال الناشئ من المقدمة القائلة إن يد المحجور غير معتبرة ، إذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن فى صورة أن لايعلم المودع أن الوديعة التى أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها ، بل إنما يأخذها ذلك العبد ، فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة فى بعض الصور فلم يكن فى تلك المقدمة كلية ، وما لم يكن فيها كلية لايثبت مدعى الإمامين فى مسئلتنا فلا يتم التقريب . لايقال : يجوز أن يكون المراد بقولهما فى التعليل لأن يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة فى شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه ، وهذا القدر من الكلية يكفى فى إثبات مدعاهما هاهنا . لأنا نقول : هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق ، لأن من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه إقراره بعد الحجر بأن مافى يده أمانة لغيره ، ففى هذه الصورة إذا لم يعلم أن ما فى يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده إذ ذاك معتبرة على مقتضى مامر فى مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها . ومن تلك الصور أيضا إقراره بعد الحجر بأن ما فى يده غصب من غيره ، ففى هذه الصورة أيضا إذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك إذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه ، إذ لايزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجيء فى كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذى اليد ، تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ماثبت بحكم الملك) قال فى العناية : يعنى به الإذن ، لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اهـ. وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وإن اختلفت عباراتهم ، منها ماذكره صاحب الغاية فإنه قال : أى لايبقى للعبد المأذون بعد بيعه ماثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما فى يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن عدم بقاء الإذن مقرر فيما نحن فيه أيضا ، وهو ما إذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه ، والمصنف هاهنا بصدد الفرق من قبل أبى حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما إذا باعه ، فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك فى قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الإذن لما كان لذكر هذه المقدمة : أعنى قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا هاهنا لعدم اختصاص عدم بقاء الإذن بما إذا باعه دون ما نحن فيه ، فيلزم أن يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ، ولا ينبغى ذلك لمثل المصنف . والوجه عندى أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك فى قوله المزبور يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته . ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ماثبت بحكم الملك الأول من يده الحكمية ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن البدنية باقية حقيقة وحكما ما لم يفرغ عن حاجته ، وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا ، فتأمل وكن الحاكم الفيصل (قوله وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال فى العناية : إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته ، أو لاتحيط بشيء من

الإقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته ، والأول ممنوع والثانى مسلم ، ولكن صحة هذا الإقرار فى حيز النزاع فلا يصلح أخذه فى الدليل . والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح . فإن قيل : لو كان إقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار . أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما . أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الإقرار . وأما حكما فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره ، لأنه إقرار بما ليس فى يده أصلا وهو باطل . والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما إذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها ، وهو ظاهر . وقوله (على ماعرف) إشارة إلى حديث بريرة رضى الله عنها . وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعنى به الإذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك . وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبد ، فإن العبد إذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة . قال (وإذا لزمته ديون) إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته أو لاتحيط بشيء من ذلك ، أو أحاطت

ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة . وقالا : يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته) لأنه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقها ، ووطء الجارية المأذون لها ، وهذا آية كماله ، بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورّث والنظر فى ضده عند إحاطة الدين بتركته . أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد . وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه ، وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته ، وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به . قال (وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر ، وكذا عنده لأنه لايعرى عن قليله ، فلو جعل مانعا

ذلك ، أو أحاطت بماله دون رقبته . فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم . والثانى أن يكون عليه خمسمائة درهم . والثالث أن يكون عليه ألف درهم اهـ . أقول : لقائل أن يقول : هذه القسمة ليست بحاصرة ، إذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دونماله على عكس القسم الثالث . والجواب أنه قد تقرر فيما مرّ أنه يبدأ بكسب المأذون المديون فى الاستيفاء ، وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته ، فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصوّر فى الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذى هو كسبه ، فكانت الأقسام التى يمكن تحققها فى الشرع منحصرة فى الثلاثة فيما إذا لزمته ديون ، ولهذا لم يلتفت إلى قسم آخر هو احتمال عقلى محض لاتحقق له فى الشرع (قوله وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه

بماله دون رقبته ، فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوى ألفا والمأذون أيضا يساوى ألفا وعليه ألفا درهم . والثانى أن يكون عليه خمسمائة درهم . والثالث أن يكون عليه ألف درهم ، فى الأول لم يملك المولى ما فى يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته لأن سبب الملك فى كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فإن ملك الأصل علة لملك الفرع (ولهذا يملك إعتاقها) يعنى الرقبة (ووطء الأمة المأذون لها ، وهذا) أى المذكور من ملك الإعتاق وحلّ الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك فى الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه إعتاقه . فإن قيل : سلمنا ذلك ، لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين فإنها تمنع عن ذلك ، كما فى التركة إذا استغرقتها الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث . أجاب بقوله (بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظرا للمورّث) بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه ، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب ، ولا نظر للمورث فى ذلك عند إحاطة الدين بتركته (بل النظر فى ضده) أى فى ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه والميراث صلة ، وإذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق فى غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد) ليراعى ذلك بعدم العتق حتى تقضى ديونه (وإذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به . ولأبى حنيفة رحمه الله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ماقررناه) يعنى فى مسئلة تعلق الدين بكسبه (والمال الذى أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعنى كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى ، لأن الخلافة فى الموضعين لانعدام أهلية الملك فى المال ، فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق ، لأن المالكية عبارة عن القدرة ، والموت والرق ينافيان ذلك ، بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (وإذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه) فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ، ومن لم يقل به أبطله . وفى الثانى يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه فى قولهم جميعا . أما عندهما فظاهر ، وكذا عنده لأن كسب العبد لايعرى عن قليل الدين ، فلو جعل مانعا

(قوله فإن قيل : سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول : يعنى المانع عن ثبوت الملك .

لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ماهو المقصود من الإذن ولهذا لايمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه . قال (وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وإن باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لأنه متهم فى حقه ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده .

فى قولهم جميعا كما صرح به فى الكافى وسائر الكتب المعتبرة ، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ماذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته ، وإذا لم تحط الديون بماله يتعين عدم إحاطتها برقبته فلم يحتج إلى ذكر الثانى بعد ذكر الأول ، وما وقع فى عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط . ثم اعلم أن هذا الذى ذكره المصنف هاهنا هو حكم القسم الثانى من الأقسام الثلاثة المارّ ذكرها فى التقسيم الذى نقلناه عن العناية فيما قبل . وحكم القسم الأول منها ما ذكر فى الكتاب من قبل بقوله وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده ، ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة ، وقالا : يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته . وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر فى الكتاب قط . وعن هذا قال صاحب العناية . وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اهـ . وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فإنه قال : قال فى بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة فى رجل أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدا يساوى ألفا وهو يساوى ألفا وعلى الأول ألف درهم دينا فأعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز . وإن كان الدين ألفى درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه ، وقال أبو يوسف ومحمد : عتقه جائز فى الوجهين جميعا اهـ . أقول : فى جواز عتقه عند أبي حنيفة فى الوجه الأول من هذين الوجهين المذكورين فى بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الأقسام المارّ ذكرها إشكال على مقتضى دليله المذكور فى الكتاب لإثبات مذهبه فى القسم الخلافى الذى ذكر فى الكتاب أوّلا وفى الجامع الصغير ثانيا ، فإن حاصل ذاك الدليل أن ملك المولى إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته ، والمال الذى أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك ، وإذا لم يثبت فيه الملك لم يجز إعتاقه . ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما إذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغى أن لايجوز إعتاقه فيه أيضا (قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) أقول : فى هذا التعليل شىء ، وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف فى الكتاب ، وقد صرح به فى غاية البيان حيث قال : اعلم أن العبد المأذون المديون إذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اهـ . وكونه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد ، إذ قد مرّ فى المسئلة الأولى أنهما قالا : المولى يملك ما فى يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته . ولهذا لو أعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل فى التوجيه (قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده) قال صاحب النهاية : وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة ، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف اهـ . وردّ عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه .

لانسدّ باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لايمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه) وأما الثالث فلم يذكره فى الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز . قال (وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) إذا باع العبد المديون الذى لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز (لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه إذا لم يكن عليه دين لايجوز لأنه ليس بأجنبي (وإذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أى سواء كان كثيرا أو قليلا (لأنه متهم فى حق مولاه) بميله إليه عادة ، بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بذلك فإنه يجوز مطلقا لأنه لاتهمة فيه . فإن قيل : التهمة فيه قد تكون موجودة . أجيب بأنه موهوم حيث أنه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما إذا باع المريض) مروى بالواو

لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته . أما حق الغرماء تعلق بالمالية لاغير فافترقا . وقال أبو يوسف ومحمد : إن باعه بنقصان يجوز البيع ، ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة ، وإن شاء نقض البيع ، وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء . ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم ، وهذا

وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو اه . أقول : بل قوله لأنه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح ، فإنه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان : أعنى قول القدورى وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز ، وقوله وإن باعه بنقصان لم يجز ملابستان ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته . لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المرتب : أى المسئلة الثانية ملابسة ، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسئلة الأولى ملابسة ، بخلاف ما إذا باع المريض من

وبغيره . قال فى النهاية : وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة ، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف ، وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو . وقال : ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي : أى أنه يجوز فى كل حال : أعنى إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة : وبيع المريض من وارثه لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله فى كل حال من هذه الأحوال ، وهذا أوجه ، ولكن النسخة بالواو تأباه . قلت : ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب . والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة ، وفى كلامه تعقيد ، وتقرير كلامه هكذا : وإن باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لايجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه : أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته ، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لاغير فافترقا : أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بنقصان لم يجز الخ . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ، إن شاء أزال المحاباة بإيصال الثمن إلى تمام القيمة ، وإن شاء نقض البيع ، وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ . قيل والصحيح أنه قول الكل لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع ، فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى ، فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة باليسير والكثير ، فإن على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه إذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لايجوز فلا يخير ، وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (ووجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم ، وهذا) أى الذى ذكرناه من

(قوله وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه معطوف على قوله بخلاف ما إذا حابى الخ : يعنى أن مسئلة القدورى ملتبسة ، بخلاف هذا باعتبار جزئها الثانى ، وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الأول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول : يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم الخ) أقول : ويفهم منه جواز بيعه للأجنبى بمثل قيمته دلالة كما لايخفى (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول : بل يرد بأن يقال إذا جاز بيع المأذون من الأجنبى بالمحاباة : ينبغى أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضا . فأجاب بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز فكيف بالمحاباة (قوله والظاهر عدم الواو ، إلى قوله : وفى كلامه تعقيد) أقول : فيه بحث (قوله فافترقا : أى المولى والمريض) أقول : الظاهر أن يقال : أى العبد والمريض .

بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة ، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الأجنبي لانعدامها ، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لايجوز أصلا عندهما ، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لاتجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ، ولا إذن فى البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرته بنفسه ، غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء ، وهذان الفرقان على أصلهما . قال (وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة فى هذا البيع ، ولأنه مفيد فإنه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فإن سلم المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لأن حق المولى فى العين من حيث الحبس ، فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين ولا يستوجبه المولى على عبده ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين . قال (وإن أمسكه فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لأن البائع له حق الحبس فى المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء ، وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين إذا

الوارث بمثل قيمته ، لا أن كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين ، فإذن يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لايخفى . ثم إن فى تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر أشار إليه صاحب معراج الدراية حيث قال : قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وإن باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى . تقدير الكلام : وإن باع من المولى بمثل قيمته

الجواز والتخيير (بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة ، والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منهما) أى من المولى والأجنبي متردد بين التبرع والبيع . أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن فى قدر المحاباة ، وأما البيع (فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الأجنبي لانعدامها ، وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لايجوز عندهما أصلا ، لأن المحاباة من العبد المأذون له لاتجوز على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن منه فى البيع مع الأجنبي وهو إذن بمباشرته بنفسه ، غير أن فيه ضررا بالغرماء فيزال بإزالة المحاباة ، وهذان الفرقان) بلفظ التثنية ، وفى بعض النسخ وهذا الفرقان : قال فى النهاية : ولكن الأول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا فى النسخ المصححة ، والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والأجنبي فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي ، والفرق بينهما فى الكثيرة حيث لاتجوز عندهما مع الأجنبي أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة . وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج إلى ذلك ، لأنه لايجوز فى البيع مع المولى شيئا من المحاباة ، وإنما يحتاج إلى الفرق بين المولى والأجنبي فى جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة ، وقد ذكرناه فى صدر الكلام . قال (وإن باعه المولى شيئا كلامه ظاهر . إلى قوله : فإن سلم المبيع إليه : أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن ، وتقرير دليله لأن حق المولى ثابت فى العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع ، والثابت فى العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به ، فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك فى الدين لكونه فى مقابلة العين والمولى لايستوجبه على عبده ، حتى لو أتلف شيئا من ماله لم يضمن ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا فإن المولى يستوجبه ، وهو أحق به من الغرماء لأنه يملكه بعينه بالعقد ، ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد غيره كما لو أودع عند عبده شيئا أو غصبه منه (وإن أمسك المولى المبيع فى يده حتى يستوفى الثمن جاز له لأنه بائع ، وللبائع حق الحبس فى المبيع ، ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فإن قيل : فعلى هذا التقدير استوجب دينا فى ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو لايستوجبه على ماقلتم آنفا . أجاب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق فى الدين إذا

كسائر يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا فى جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء . قال (وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لأن الدين فى ذمته و ما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لاغير) لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون

جاز ، بخلاف ما إذا باع بالنقصان حيث لم يجز ، وبخلاف ما إذا باع المريض . هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف اه . والعجب أن صاحب العناية وإن لم يطلع على ما ذكرناه أولا من التوجيه الوجيه ، إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ، ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلا معطوف عليه بدون أن يبين الفساد فى توجيه صاحب معراج الدراية . نعم فى توجيهه تمحل لايخفى ، ولكن لايخفى أيضا أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال : والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة ، وفى كلامه تعقيد إلى آخر ما ذكره كما سيأتى نقله وبيان حاله . وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق : ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به . وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى : أى أنه يجوز فى كل حال : أعنى إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لايجوز عند أبى حنيفة فى كل حال من هذه الأحوال ، وهذا أوجه ، ولكن النسخة بالواو تأباه ، اه كلامه . ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه : قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه . أقول : ليس هذا أيضا بوارد لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى جواز المحاباة معه مطلقا . كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة ، غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثانى مفهوم بالدلالة ، لأنه إذا جازت المحاباة معه فلأن جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لايخفى . وعن هذا قال صاحب العناية فى تفسير قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى : أى أنه يجوز فى كل حال : أعنى إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فإذن اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبى وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الأول دون الثانى ، مع أن فى كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده ، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه :

تعلق بالعين) يعنى يجوز أن يستوجب على عبده دينا إذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين ، كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته ، وهذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن ، فإذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين إزالة المحاباة ونقض البيع كما بينا فى جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال فى النهاية : هذا على اختيار صاحب المبسوط ، وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله فإن هذا البيع لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله أصلا بما ذكر فى جانب العبد . قال (وإذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال (فإعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لأنه أتلف ماتعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه) وضمان الإتلاف لايختلف بالعلم وعدمه ولايوجب أزيد من مقدار ما أتلفه (فبقى الباقى عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لاغير لأن حقهم بقدره ، بخلاف ما إذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول : يعنى القدورى .

لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يتضمن شيئاً .

يعنى أنه لايجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة ، وقد سلك هاهنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور فى ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به . وقال تاج الشريعة : قلت ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا واو لأنه أوّل مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبى جاز ؛ وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبى بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه . أقول : ليس هذا بسديد . أما أوّلا فلأن قوله لأنه أوّل مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبى جاز كلام خال عن التحصيل ، لأن مسئلة الكتاب هاهنا اثنتان : أولاهما قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز ، وأخراهما قوله وإن باعه بنقصان لم يجز . فكما أن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة ، كذلك قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى لدفع توهم انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة المحاباة المأذون مع الأجنبى ، وكما أن قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاه شيئا بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبى بنقصان كذلك قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاه شيئا بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته ، فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب : أى مختصر القدورى دون الأخرى منهما فليس بصحيح ، إذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان معا فى مختصر القدورى ، وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معا مسئلتى الكتاب إلا أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبى فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضا ، لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق ، فقصد أحدهما يستلزم قصد الآخر على أنه لاتأثير لهذا المعنى فى إثبات المسئلة بلا واو كما لايخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه ، وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتى الكتاب ، وقوله وبخلاف ما إذا حابى الأجنبى متعلق بأخراهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى ؟ قلنا : قد تقرّر فى علم الأدب أن الواو لمطلق الجمع لاترتيب فيها ، فدخولها لايقتضى التأخر لا فى الوقوع ولا فى التعلق ، فلا محذور فى إتيان الواو هاهنا أصلا . وأما ثانيا فلأن قوله وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبى بالمحاباة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا ، لأنه إذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر . فإن كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا واو لأنه أوّل مسئلة موردة نقضا على مسئلة الكتاب ، وإن لم يكن صالحا له فكيف يصح إدخال واو العطف فيما لايصلح للعطف لمجرد دفع توهم شىء ، وإن لم يكن الواو للعطف فمن أين يندفع ذلك التوهم . وقال صاحب العناية : والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأوّل المسئلة ، وفى كلامه تعقيد ، وتقدير كلامه هكذا : وإن باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبى عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده ؛ لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه : أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته . أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا : أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بنقصان لم يجز الخ . اهـ كلامه . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن جعل الظاهر هاهنا عدم الواو وبناءه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الإنصاف ، ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة فى حل هذا المحل . ثم إن فى تقريره خللا آخر فإنه قال فى تفسير قول المصنف فافترقا :

قال (وإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه ، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاءوا ضمنوا المشترى) لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه ، إلا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخيرون فى التضمين (وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما فى المرهون (فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء فى العبد) لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم ، وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا .

أى المولى والمريض ، وكان الصواب أن يقول : أى العبد والمريض كما لايخفى على المتأمل . والعجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيئول المعنى على هذا ، إلى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه . فإنه شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته . وإن شاءوا ضمنوا المشترى) قال الشراح : إنما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشترى بما ذكر من التسليم والتغييب ، ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لايضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون ، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغييب لابمجرد البيع والشراء اهـ . أقول : لقائل أن يقول : فإذن ينبغى أن يكون الضمان فى هذه المسئلة على المشترى فقط فإن تغييب العبد الذى فيه حق الغرماء إنما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لأمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجىء فى المسئلة الآتية . فإن قلت : تغييب ذاك العبد وإن وقع من المشترى دون البائع إلا أن فى البائع أيضا سببية له إذ لولا بيعه وتسليمه لما غيبه المشترى . قلت : نعم ، إلا أن سببية ذلك بعيدة ، وقد تقرر عندهم ومر مرارا أن الحكم يضاف إلى أقرب الأسباب فتأمل . ثم إن صاحب العناية

قال (وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه) معناه باعه بثمن لايفى بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال (فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاءوا ضمنوا المشترى ، لأن حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضى المولى دينهم وقد أتلفاه ، أما البائع فبالبيع والتسليم ، وأما المشترى فبالقبض والتغييب : فيخير الغرماء فى التضمين . وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنهما لايضمنان بمجردهما ، بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لأنهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون ، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغييب لابمجرد البيع والشراء (وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم فلهم الإجازة لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق) ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان ، فكذا إذا أجازوا ، وكذا إذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل إليهم فليس لهم تضمين البائع على ماسيجىء ، وكذا إذا كانت الديون على المأذون مؤجلة إلى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه ، وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم ، فإن حل ضمنوه قيمته لأنه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية ، وهذه فوائد القيود المذكورة . وقوله (كما فى المرهون) يعنى أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن جاز البيع لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء (فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضى إذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد إلى الحال الأولى وهو ظاهر ، ولكن بقى شىء وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء . وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع ، وحق الغرماء منحصر

(قوله لأنهم يستسعونه الخ) أقول : وعلى هذا فى التعليل الذى ذكره المصنف قصور . (قوله فإذا حل ضمنوه الخ) أقول : فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول : قد علم هذا الجواب ما سبق فى آخر الصحيفة السابقة وتكراره لإفادة الفرق مع الوصى .

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ، وفى كل واحد منهما فائدة ، فالأول تام مؤخر والثانى ناقص معجل ، وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه . قالوا : تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم .

قال : ولكن بقى شىء وهو أن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان ، كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء . وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع ، وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترقا اهـ كلامه . أقول : لايتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلا ، لأن وضعها فيما إذا كان ثمن العبد أقل من قيمته ، وأما إذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الأشياء الثلاث المذكورة فى هذه المسئلة ، بل يتعين لهم إذ ذاك إجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة فى التضمين ، وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال : وهذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة . أما إذا كان أكثر أو مساويا فلا خيار لهم اهـ . ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان أنه لفظ محمد فى الجامع الصغير : هذا إذا باعه بأقل من قيمته ، فأما إذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو فى يده فلا فائدة فى التضمين ولكن يدفع الثمن إليهم اهـ . فإذا كانت مسئلتنا هذه فيما إذا كان ثمن العبد الذى باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال إن حقهم كان فى بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان ، لأن حقهم كان فى بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا . ثم أقول : فى الجواب المذكور نظر ، لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء الغرماء ببيعه العبد ، ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط ، لأنهم كان لهم أن يستسعوا العبد فى جميع ديونهم لا فى مقدار قيمته فقط ، وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغى أن يضمن البائع المشترى جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ، ولم يقل به أحد ، وإنما الذى قالوا به أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لاغير فتدبر (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم) قال صاحب

فى بيع التركة فافترقا . قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذى أبيعه مديون يريد به سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لايوجب اللزوم فى حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محذوفة من المتن (وفى كل منهما فائدة) فالأول يعنى الاستسعاء (تام مؤخر والثانى ناقص) إن لم يف بديونهم (معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه . قال المشايخ : تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم) قيل فى عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة فى البيع لايستلزم نفى الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لايفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء فى الديون . وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد ، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولامحاباة فى البيع ، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة ، ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص معجل ، فإنه إنما يكون ناقصا إذا لم يف بالديون . فإن قيل : إذا باع المولى عبده الجانى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لايكون

(قوله ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا محاباة فى البيع الخ) أقول : فإن قيل : كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة ؟ قلنا : لأن الوصول لايستلزم القبض فإنه يكون بإحضار الثمن والتخلية بينهم وبينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثانى الخ) أقول : دلالته لاتخلو عن خفاء .

قال (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى) معناه إذا أنكر الدين وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له . وعنهما مثل قوله فى مسئلة الشفعة . لأبى يوسف أنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه . ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب .

النهاية فى هذا اللفظ نوع نظر ، إذ كان من حقه أن يقال : وتأويله إذا باع بثمن لايفى بديونهم كما هو المذكور فى باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام ومأذونى الجامع الصغير لقاضيخان والذخيرة ، وذلك لأنه إذا لم يكن فى البيع محاباة ولكن الثمن كان لايفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد . وبما ذكر فى الكتاب لايحصل هذا المعنى ، وهو انسداد باب الرد لهم لأنه يحتمل أن لايفى الثمن بديونهم . وإن لم يكن فى البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقى الديون . اللهم إلاأن يريد بقوله فإن وصل ولا محاباة فى البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن . فإنهم لما أخلوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسدّ حينئذ باب الرد ، ولكن احتمال إرادة إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه . فكان المعقول ما ذكره الإمام قاضيخان فى جامعه بقوله : وتأويله إذا باع بثمن لايفى بديونهم لأنهم كان لهم حق الاستسعاء إلى أن يصل إليهم ديونهم ، وبعد البيع لايمكنهم الاستسعاء فى ملك المشترى فكان لهم أن ينقضوا البيع ، وإن كان فى الثمن وفاء بديونهم لايكون لهم ولاية نقض البيع . إلى هنا كلام صاحب النهاية . وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته . وأما صاحب العناية فنقله بطريق الإجمال وأورد النظر على الجواب حيث قال : قيل فى عبارته تسامح ، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة فى البيع لايستلزم نفى الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لايفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الردّ والاستسعاء فى الديون . وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد ، وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع ، فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة ، إلى هنا كلامه . أقول : أولا فى الجواب المذكور نظر آخر ، وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فإن وصل ولا محاباة فى البيع ما ذكر فى ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم إليهم ، فإنه إذا لم يكن فى الثمن وفاء بديونهم لم يصل إليهم حقهم بالتمام ، ووصول بعض حقهم إليهم لم يفد شيئا فى نفى ردهم البيع كما بين فى السؤال ، بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم . وأقول ثانيا : يمكن الجواب عن النظر الذى أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة فى البيع حينئذ هى أن لهم أن يقولوا فى صورة المحاباة إنما قبضنا الثمن على اعتقاد أن

مختارا لقضاء الديون من ماله ؟ أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى ، فإذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه . وأما الدين فهو واجب فى ذمة العبد بحيث لايسقط عنه بالبيع والإعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق ، فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه . وفيه نظر لأن قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة . والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه (فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى إذا أنكر الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وإنما قيد بالإنكار لأن المشترى إذا أقرّ بدينهم وصدّقهم فى الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف وقال أبو يوسف رحمه الله : المشترى خصمهم ويقضى لهم بدينهم ؛ لأنه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما فى يده. ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه ، والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الإسلام رحمه الله : وعلى هذا الخلاف إذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها إليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فإن الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما، وهو رواية

قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه . وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه ، إذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل فى المعاملات كى لايضيق الأمر على الناس ،

لامحاباة فى البيع . فإذا علمنا المحاباة فيه لانرضى بها ، بل نرد البيع فنتبع العبد بتمام القيمة ، بخلاف ما إذا يكن فى البيع محاباة فإنه لايتمشى فيه ذلك العذر فافترقا . ثم قال صاحب العناية : ولعل الصواب أن يقال : قوله ولا محاباة فى البيع معناه أن الثمن يفى بديونهم بدليل قوله والثانى ناقص معجل ، فإنه إنما يكون ناقصا إذا لم يف بالديون اهـ . أقول : وفيه نظر . أما أولا فلأنه لو كان معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لذهبت فائدة قوله فإن وصل فى قوله فإن وصل ولا محاباة ، وفائدة قوله إذا لم يصل إليهم الثمن فى قوله وتأويله إذا يصل إليهم الثمن . إذ لا شك أن الثمن إذا كان يفى بديونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل إليهم الثمن أو لم يصل ، إذ لايبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تتصوّر فائدة فى الردّ فلا يثبت لهم الخيرة . وأما ثانيا فلأن معنى انتفاء المحاباة فى البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر ، وأن أحدهما لايستلزم الآخر أصلا لجواز أن تنتفى المحاباة فى البيع ، ولا يفى الثمن بديونهم ، وجواز أنه يفى الثمن بديونهم ولا تنتفى المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة فى البيع أن الثمن يفى بديونهم لابحسب الحقيقة وهو ظاهر ، ولا بحسب التجوّز أو الكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه . إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال فى النهاية : أى فتصرفه دليل على أنه مأذون فى التجارة وقال : هذا الذى ذكره جواب الاستحسان . وأما جواب القياس فأن لايقبل قوله لأنه أخبر عن شيئين : أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا إقرار على نفسه . والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا إقرار على المولى ، وإقراره عليه لايصلح حجة . وأما وجه الاستحسان فما ذكره فى الكتاب اهـ . واقتفى أثره صاحب العناية فى شرح هذا المقام أثر ذلك . أقول : تحرير هذا المحل على هذا المنوال لايخلو عن الاختلال ، فإن قولهما فى تقرير وجه القياس والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا إقرار على المولى غير متمشّ فى أحد شقّى هذه المسئلة ، وهو ما إذا لم يخبر بالإذن ، إذ لا إخبار من العبد فى هذه الصورة فلا إقرار على المولى فيها . وأما جعل الإخبار فى قولهما والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة أعم من الإخبار الحقيقى والحكمى ، وادعاء أن فى ذلك الشق إخبارا حكميا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتمحل جدا كما لايخفى . فالأولى هاهنا تحرير صاحب الكافى ، فإنه جعل هذه المسئلة على وجهين . وذكر لكل واحد منهما وجه قياس . ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال : والمسئلة على وجهين : أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل . والقياس أن لايصدق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى » وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك ، وإجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر ، ولأن فى ذلك ضرورة وبلوى فإن الإذن لابد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن ، والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه ، وما عمت بليته سقطت قضيته . وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء . والقياس فيه أن لايثبت الإذن لأن السكوت محتمل .

ابن سماعة مثل قوله فى هذه المسئلة . قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة . لأنه إن أخبر أنه مأذون له فإخباره دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه دليل على إذنه وهو استحسان . والقياس أن لايقبل قوله لأنه أخبر بشيئين : أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا إقرار منه على نفسه . والثانى أخبر أنه مأذون فى التجارة وهذا إقرار على المولى ، وإقراره عليه ليس بحجة . وجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب . وقوله (كى لايضيق الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد فى التجارة ، فلو لم يقبل قول الواحد فى المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له فى التجارة ، وفى ذلك من الضيق مالا يخفى .

(إلا أنه لايباع حتى يحضر مولاه) لأنه لايقبل قوله فى الرقبة لأنها خالص حق المولى ، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر فقال هو مأذون بيع فى الدين) لأنه ظهر الدين فى حق المولى (وإن قال هو محجور فالقول قوله) لأنه متمسك بالأصل .

(فصل)

(وإذا أذن ولىّ الصبىّ للصبىّ فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعى : لاينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه ، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولىّ

وفى الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولايثبت الجواز إلا بالإذن فوجب أن يحمل عليه ، والعمل بالظاهر هو الأصل فى المعاملات دفعا للشر عن الناس . والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خبر العدل . وفى الاستحسان لايشترط للضرورة أو البلوى ، إلى هنا كلامه . واقتفى أثره صاحب معراج الدراية فى شرح هذا الكتاب والإمام الزيلعى فى شرح الكنز (قوله إلا أنه لايباع حتى يحضر مولاه لأنه لايقبل قوله فى الرقبة لأنها خالص حق المولى ، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا) أقول : لقائل أن يقول : إن أراد بقوله لأنها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع ؛ إذ قد تقرر فيما مرّ أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاء ديونهم إلا أن يفدى المولى ديونهم . وإن أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لأنه حق العبد فهو مسلم ؛ لكن لايتم به التعليل حينئذ على أن لايقبل قوله فى الرقبة أصلا لأنه لايمتنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله فى ثبوت الإذن له ولزوم كل شىء فى التجارة لئلا يضيق الأمر على الناس فليتأمل . والأظهر فى تعليل قوله لايقبل قوله فى الرقبة : أى فى حق بيع الرقبة أن يقال : لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن فى التجارة ؛ ألا ترى أنه إذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لايباعان وهما مأذون لهما كما ذكر فى النهاية وغيرها .اهـ .

(فصــل)

لما فرغ من بيان أحكام إذن العبد فى التجارة شرع فى بيان أحكام إذن الصبى والمعتوه ، وقدّم الأول لكثرة وقوعه (قوله وإذا أذن ولىّ الصبىّ للصبىّ فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرّفه)

وقوله (إلا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شىء ، ومعناه أنه إذا لم يكن فى كسبه وفاء لايباع فى الدين حتى يحضر مولاه لأنه لايقبل قوله فى الرقبة لأن بيعها ليس من لوازم الإذن فى التجارة ؛ ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لايباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع ، بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن فى التجارة وهو حق العبد على ما بينا ، يريد به قوله فى وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه ، إلى أن قال : لأن المولى إنما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فإن حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع فى الدين لظهوره فى حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة ، لأن دعواه الإذن كدعواه الإعتاق والكتابة ، ولايقبل قوله عند جحود المولى إلا ببينة .

(فصــل)

لما فرغ من أحكام إذن العبد فى التجارة بين أحكام إذن الصبىّ ، إلا أنه قدم الأول لكثرة وقوعه ، ولكونه مجمعا عليه

(فصل وإذا أذن ولىّ الصبى)

التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق ، بخلاف الصوم والصلاة لأنه لايقام بالولى ، وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه . أما بالبيع والشراء فيتولاه الولىّ فلا ضرورة هاهنا . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره فى الخلافيات . والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت نظرا إلى إذن الولى ،

أقول : كان الظاهر أن يقول فى جواب المسئلة : فهو فى التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله فى التجارة ، وليعم غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه فى سائرها أيضا عندنا ، وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات ، إلا أنه آثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثانى أعم وأظهر فى إفادة تمام المراد . وهذا ما فى عبارة مختصر القدورى ، ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر فى البداية على قوله إذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر إذا كان يعقل البيع والشراء ، وأصرّ على ذلك فى الهداية أيضا مع ظهور مزية ما فى عبارة المختصر ، لأن تعقله البيع فقط غير كاف فى كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف فى باب التجارة مطلقا ، بل لابد من أن يقبل الشراء أيضا بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته ، وقد ثبتت نظرا إلى إذن الولى) هذا جواب عن قول الشافعى ، لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه . تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبىّ فى أمور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد فى كون حجره لغيره ، فإذا أذن له الولىّ زال ذلك الغير لأنه يستدل به على ثبوت هدايته فى أمور التجارة ، إذ لو لم يكن هاديا فيما أذن له

فى الجواز ، والصبىّ الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش إذا أذن له الولىّ كان كالعبد المأذون فى نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة إقراره بما فى يده وغير ذلك مما ذكر فى العبد . وقال الشافعى رحمه الله : لاينفذ تصرفه لأن حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الإذن ، وبقاء العلة يستلزم المعلول لامحالة ، بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى ، وهو يسقط بإذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ، ولأنه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لايكون واليا للمنافاة ، لأن كونه مولّيا عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق ولا يصحان منه ، وإن أذن له الولىّ بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لأنهما لايقامان بالولىّ فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعنى قلت بصحتها كصحتهما إذا كانت فى أبواب الخير ، وأصله أن كل تصرف لايتحقق من الولى فى حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لايصح مباشرة الصبىّ فيه بنفسه لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيجب تنفيذها (أما بالبيع والشراء فيتولاه الولىّ فلا ضرورة . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحلّ البيع من غير فصل بين البالغ والصبىّ ، وأما أنه صدر من أهله فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك . وأما أنه فى محله فلكون المبيع مالا متقوّما . وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه ، والولىّ له هذا التصرف فكذا من أذن له ، ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولىّ لايملك الإذن به . فصدورهما من الصبىّ لايكون عن ولاية شرعية وإن أذن الولىّ بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لأن حجره لصباه. وتقريره أنا لانسلم أن حجر الصبى لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية فى أمور التجارة ، فصار كالعبد فى كون حجره لغيره وهو حق المولى ، فإذا أذن له الولى زال ذلك الغير لأنه يعلم أنه

(قوله والصبى الذى يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول : الظاهر أن يقال : الذى يعقل أن البيع سالب الملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش ، إلا أنه اقتصر على الثانى بناء على أنه يستلزم الأول (قوله يعنى قلت بصحتها) أقول : الضمير فى بصحتها راجع إلى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول : إن لم يكن مضرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعتاق .

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدّل الحال، بخلاف الطلاق والعتاق لأنه ضارّ محض فلم يؤهل له . والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن ، والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلا له بعد الإذن لا قبله . لكن قبل الإذن يكون موقوفا منه على إجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف فى نفسه ، وذكر الولىّ فى الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصىّ والقاضى والوالى ، بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة ،

الولىّ فينفذ تصرفه كما لو أذن المولى للعبد كذا فى الشروح . أقول : يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال : لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبىّ بدون إذن الولىّ إذا علم هدايته فى أمور التجارة بدليل من الدلائل ، غير إذن الولىّ لحصول العلم إذ ذاك أيضا بزوال ذلك الغير الذى حجر الصبىّ بسببه وهو عدم الهداية ، مع أن المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الولىّ أصلا فيما هو دائر بين النفع والضرّ كالبيع والشراء ونحوهما فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبىّ لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية : وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولىّ وليا . وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له ، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث ؛ وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين : أى بمباشرة وليه له ، وبمباشرة نفسه ، فكان مرحمة فى حقه فوجب اعتباره ، ولاحتمال تبدل الحال فإن حال الصبى يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولىّ ليتدارك ذلك اهـ كلامه . أقول : فى تقريره شىء . أما أولا فلأن قوله وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض غير مسلم ، لأن الكلام فى التصرف الدائر بين النفع والضرّ فإن تصرفه الذى هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير إذن الولى أيضا ، وتصرفه الذى هو ضارّ محض كالطلاق والعتاق لاينفذ بإذن الولىّ أيضا ، وإنما الذى يتوقف نفاذه على إذن الولىعندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرّ كالبيع والشراء فكيف يكون فىاعتبار كلامه فى مثل ذلك التصرف نفع محض ؟ فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور وفى اعتبار كلامه فىالتصرف

لو لم يكن هاديا فى أمور التجارة لما أذن له الولى فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى . وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالإذن لم يبق الولىّ وليا . وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لأمرين للنظر له ، فإن الصبا من أسباب المرحمة بالحديث ، وفى اعتبار كلامه فى التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين : أى بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة فى حقه فوجب اعتباره ، ولاحتمال تبدّل الحال فإن حال الصبى يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولىّ ليتدارك ذلك . وقوله (بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق . وحاصل ذلك أن تصرفات الصبىّ على ثلاثة أقسام : نافع محض ، وضارّ محض ، ومتردد بينهما . فالأول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن وبعده . والثانى كالطلاق والعتاق لايؤهل له أصلا . والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الإذن لأن نقصان رأيه ينجبر برأى الولىّ لاقبله ، لكن قبل الإذن يكون موقوفا على إجازة الولىّ لاحتمال وقوعه نظرا فإنه أحد المحتملين ، وصحة التصرف فىنفسه لصدوره من أهله فى محله . فإن قيل : إذا باع شيئا بأضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف . وأجيب بأن المعتبر فى ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا (وذكر الولىّ فى الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب . لأن وصىّ الأب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الأب ثم وصىّ الأب ثم الجد أب الأب ثم وصيه ثم القاضى أو وصيه ثم الوالى (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى فكان الوالى أكبر منه لأن له ولاية

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول : وعندى أنه جواب عن ثانى دليل الشافعى بمنع المنافاة بين كونه وليا ومولیا عليه مستندا بأن كونه مولیا عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول : تعليل لقوله للنظر له (قوله ولاحتمال تبدل الحال) أقول : معطوف على النظر له .

والشرط أن يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح ، والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما يثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حقه ، لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا ، فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذونا بالسكوت كما فى العبد ،

نظر له . وأما ثانيا فلأن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبىّ كما لايخفى على الناظر فى مقدمات تقريره ، وليس كذلك فإنه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ، وداخل معه فى حيز قوله لنظر الصبىّ ، إذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبى فلا وجه لجعله مقابلا له . ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين : أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعى ولأنه مولى عليه الخ . وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبىّ وليا للتصرف بإذن وليه لكان ينبغى أن لايبقى وليه وليا فى التصرف فى ماله ، فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين ، وصاحب العناية اختار الثانى كما ترى ، وكثير من الشراح اختاروا الأول فعليك بالاختبار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حقه) أى فى حق الصبى أراد به قوله فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون ، كذا فى غاية البيان وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : تشبيه الصبىّ بالعبد المأذون إنما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة فى حقه إن كان التشبيه على العموم ، أو على الإطلاق . وأما إذا عين ما فيه المشابهة كما وقع فى الكتاب حيث قال فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون ، فإفادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتأمل . وقال صاحب النهاية : فإن قلت : كيف يستقيم تعميم قوله إنّ ما ثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حق الصبى المأذون مع التخلف فى بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله والولىّ ليس بمحجور عن التصرف فى مال الصبىّ المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط . قلت : الجواب عنه من وجهين : أحدهما أن ماذكرته من الحجر وعدمه فهو فى انحجار المولى وعدم انحجار الولى فى المال ، وما ذكره فى الكتاب من التعميم فى تصرف العبد فى ماله وتصرف الصبىّ فى ماله فلا يرد نقضا لاختلاف التصرفين . والثانى هو ما ذكره فى المبسوط ، وإنما يملك الأب أو الوصى التصرف فى مال الصبى سواء كان على الصبى دين أو لا ، لأن دين الحرّ فى ذمته لاتعلق له بماله ، بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبى آخر إذا كان الدين مستغرقا اهـ كلامه . واقتفى أثره صاحب العناية فى ذكر ذلك السؤال ووجهى الجواب ولكن سلك مسلك الإجمال . أقول : الوجه الثانى لايصلح جوابا عن السؤال المذكور ، لأن حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبىّ المأذون وإن كان عليه دين يحيط بماله ، وذلك لايفيد استقامة التعليل فى قول المصنف إنّ ما ثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حق الصبى المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لايخفى . ومدار السؤال المذكور على التعميم

تقليد القاضى دون صاحب الشرط . وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره . وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك ، لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم ، فإن المولى محجور عن التصرف فى مال العبد المأذون المديون بدين يحيط بماله دون الولى . وأجيب بأن ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولى ليس من التعميم فى تصرف العبد والصبىّ ، وبأن دين الصبىّ لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولى ، ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبى منه إذا كان الدين مستغرقا

(قوله الخ كذلك) أقول : يعنى تقدم ذكره (قوله لكن يرد عليه ، إلى قوله : فى مال العبد الخ) أقول : هذا ممنوع ، وقد مر من الشارح نقلا من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول : يعنى فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول : يعنى يتعلق بكسبه أيضا : أى كما يتعلق بذمته ، لأن ذمته ضعيفة ، بخلاف الصبى الحر . ثم أقول : ولعل بخلاف الجواب الثانى متع دلالة الكلام على التعميم ، وإلا فلا تظهر صلاحيته للجواب (قوله والمولى أجنبى منه الخ) أقول : هذا مسلم إذا كان مستغرقا لرقبته أيضا ، وأما إذا لم يكن كذلك ففيه كلام ، وفيه الكلام .

ويصح إقراره بما فى يده من كسبه ، وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية ، كما يصح إقرار العبد ، ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما فى العبد والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصى دون غيرهم على ما بيناه ، وحكمه حكم الصبى ، والله أعلم .

المستفاد من كلام المصنف لاغير . وقال بعض الفضلاء : لعل خلاصة الجواب الثانى منع دلالة الكلام على العموم . أقول : ليس هذا أيضا بسديد . أما أولا فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله إن مايثبت فى العبد من الأحكام يثبت فى حقه على العموم ظاهرة لاتقبل المنع . لأن كلمة « ما » من ألفاظ العموم على ما تقرر فى علم الأصول وقد تأكد بيانها بقوله من الأحكام ، فإن الجمع المعرّف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق إذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا أيضا فى علم الأصول . وأما ثانيا فلأنه لادلالة فى الجواب الثانى أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرّض له فيه بوجه من الوجوه ، وإنما مضمونه مجرد بيان العلة فى انحجار المولى عن التصرف فى مال العبد وعدم انحجار الولى عن التصرف فى مال الصبىّ فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لاسبيل إليه أصلا (قوله ويصح إقراره بما فى يده من كسبه) أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والولى لايملك الإقرار على مال الصبى فكيف يملكه الصبىّ بإذن الولى ؟ وأجيب عنه فى النهاية ومعراج الدراية بأن الولىّ إنما لايملك ذلك لأنه لايتحقق منه ، لأن الإقرار قول من المرء على نفسه ، وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة ، وإقرار الولىّ على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لاتكون حجة . وأما قول الصبىّ بعد الإذن فهو إقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لاتتم التجارة إلا به لأن الناس إذا علموا أن إقراره لايصح يتحرزون عن معاملته ، فإن من يعامله لايتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز إقراره اهـ . أقول : هذا الجواب لايدفع السؤال المذكور لأن حاصله بيان لمية عدم صحة إقرار الولىّ على الصبى وصحة إقرار الصبى بنفسه على مال نفسه ، وهذا مما لايؤثر كما ترى فى اندفاع الإيراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، وهاهنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية ؟ وكأنّ صاحب العناية تنبه لما فى الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله . والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الإذن بالتجارة وتوابعها اهـ . أقول : هذا الجواب أيضا غير مستقيم لأنه إن أراد أن الولى يملك الإذن بالتجارة وتوابعها فيملك أيضا نفس التجارة وتوابعها التى من جملتها إقراره على مال الصبى فممنوع ، إذ لاشك أن إقرار الولى على مال الصبى ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فأنى يملكه الولى . وإن أراد أن الولىّ يملك الإذن بالتجارة وتوابعها التى من

(ويصح إقراره بعد الإذن بما هو كسبه) عينا كان أودينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين . وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والولى لايملك الإقرار على مال الصبىّ فكيف أفاده ذلك بإذنه ؟ والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة ، والولى يملك الإذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه لايجوز إقراره بذلك ، لأن صحة إقراره فى كسبه لحاجته فى التجارة إلى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته فى التجارة وهى معدومة فى الموروث. وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين ، ولهذا ينفذ أبو حنيفة بعد الإذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب فى صحة الإقرار سواء لكونهما مالية (ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق ، وفى تزويج أمته خلاف أبى يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولى والوصىّ يملكانها لأن الإذن يتناول ماكان من صنيع التجار والكتابة ليست منه (والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبىّ يصير مأذونا بإذن الأب والجد والوصىّ دون غيرهم) من الأقارب كالابن للمعتوه والأخ والعم دون القاضى فإن له ولاية على المعتوه (على مابيناه) يعنى قوله وذكر الولى فى الكتاب ينتظم الأب والجد الخ (وحكمه حكم الصبى) إذا بلغ معتوها ، فأما إذا بلغ عاقلا ثم عته فأذن له الأب فى التجارة قال أبو بكر البلخى رحمه الله : لايصح قياسا ، وهو قول أبى يوسف ، ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمهما الله ، والله أعلم .

(كتاب الغصب)

الغصب فى اللغة : أخذ الشىء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه .

جملتها إقرار الصبى على مال نفسه ، وإن لم يملك نفس الإقرار عليه فسلم ، ولكن لايجدى هذا شيئا فى دفع السؤال المذكور لأن اللازم منه أن يملك الولىّ الإذن للصبىّ بالإقرار ولا كلام فيه ، وإنما الكلام فى أن تملك الصبى الإقرار على نفسه بإذن الولى ولاية متعدية من الولى إلى الصبى ، والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولىّ لايملك نفس الإقرار على الصبى بالإجماع فلم تكن له ولاية قائمة فى حق نفس الإقرار على الصبى فكيف تتعدى منه الولاية إلى الصبى فى حق ذلك . ولا يخفى أن حديث أن يملك الولى الإذن بالتجارة وتوابعها فى أثناء الجواب عن هذا الإشكال يصير لغوا من الكلام . ثم أقول : لعل الصواب فى الجواب منع كون ولاية الصبى ولاية متعدية ، إذ قد تقرر فيما مر أن الصبى يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته ، وإذن الولى إنما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا أنه يكتسب الولاية من إذنه ، إلا أن الصبا لما كان من أسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبى أصلا لما هو ضارّ محض وأهل لما هو نفع محض قبل الإذن وبعده ، وأهل لما هو دائر بين النفع والضرّ بعد الإذن فقط ، والإقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرّ، إذ من لايقبل إقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبى له بعد الإذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولىّ ، فتبصر فإن هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الإشكال بالكلية .

(كتاب الغصب)

إيراد الغصب بعد الإذن فى التجارة لوجهين : أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى أن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ، ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثانى فكان ذكر النوع بعد

(كتاب الغصب)

إيراد الغصب بعد الإذن فى التجارة لوجهين : أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى إن إقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثانى ، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا . والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لايكون الغاصب مالكا لرقبته ، فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما فى يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف الملاك ، فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة ، إلا أنه قدم الإذن فى التجارة لأنه مشروع من كل وجه ، والغصب ليس بمشروع . والغصب فى اللغة :

(كتاب الغصب)

(قوله إيراد الغصب . إلى قوله : مآلا الخ) أقول : ويجوز أن يقال : نفاذ تصرف الغاصب يكون بالإذن كنفاذ تصرف المأذون ، إلا أن فى الغصب بالإذن اللاحق وفى المأذون بالإذن السابق فيكون بينهما مناسبة . أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة ، فإن العبد المأذون يتصرف فى مال الغير بإذنه ، والغاصب يتصرف فيه لابإذنه (قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول : فيه بحث (قوله إلا أنه قدم الإذن الخ) أقول : هذا لااحتياج إليه بعدما بين وجه تأخر المأذون من الحجر

وفى الشريعة : أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ،

ذكر الجنس مناسبا . والثانى أن المغصوب مادام قائما بعينه فى يد الغاصب لايكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة مافى يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف الملاك ، فذكر أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة إلا أنه قدم الإذن فى التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع ، كذا فى النهاية والعناية . أقول : فى الوجه الأول بحث من وجهين : أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ممنوع ، إلا إنما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لابين الغصب وبين الإذن فى التجارة ، لأن الإذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر وإسقاط الحق عندنا على ما مرّ فى صدر كتاب المأذون ، والمذكور فى كتاب المأذون مسائل نفس الإذن لامسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب . والثانى أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة فى سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذاك الوجه بها طردا . ويمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية : أما عن الأول فبأن يقال : إن الإذن نفسه وإن لم يكن من جنس التجارة إلا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للإذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة . وأما عن الثانى فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد فى وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن . ويقال : إن هاتيك الوجوه مصححات لامرجحات البتة فلا ضير فى تحققها فى غير ماسيقت له أيضا . ثم إن الأظهر فى وجه المناسبة هاهنا ماذكره صاحب غاية البيان حيث قال : وجه المناسبة بين الكتابين عندى أن المأذون يتصرف فى الشىء بالإذن الشرعى والغاصب يتصرف لابإذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة ، إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع والغصب ليس بمشروع اهـ . واعلم أن محاسن الغصب من حيث الأحكام لامن حيث الإقدام كما فى الجنايات والديات ، فإن المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه ، لأنه ليس فى الغصب شىء من الإباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف ، كذا فى النهاية وغيرها (قوله وفى الشريعة أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده) أقول : لابد من أن يزاد على هذا التعريف قيدان : أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب فى الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك ، كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المرتهن أو من يد المودع فإن الغاصب فى هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه فى يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع تحققها إلا أنه قصر يده عن ماله فى هاتيك الصور أيضا . وعن هذا قال فى المحيط البرهانى : الغصب شرعا أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان فى يده ، أو يقصر يده إن لم يكن فى يده اهـ وهكذا قال فى الكافى أيضا . وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع فى البدائع لئلا يدخل فى تعريف الغصب شريعة السرقة ، فإن الامتياز بين السرقة والغصب فى الشرع إنما يكون بأن كان الغصب

أخذ الشىء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوّما أو غيره ، يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان . وفى الشريعة : أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، فقوله أخذ مال يشمل المحدود وغيره . وقوله متقوّم احتراز عن الخمر . وقوله محترم احتراز عن مال الحربى فإنه غير محترم . وقوله على وجه يزيل يده : أى يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لابد منها فى الغصب عندنا . وعند الشافعى رحمه الله هو إثبات يد العدوان عليه . وثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا لعدم إزالة اليد ، وعنده مضمونة لإثبات اليد ،

(قوله وفى الشريعة أخذ مال ، إلى قوله : فى زوائد المغصوب الخ) أقول : قال الإمام الزيلعى : حتى لايضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعد لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه ، كما إذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لايضمن التابع لعدم الصنع فيه ، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لايضمن لما ذكرنا ولعدم اليد المبطلة انتهى . لكن ذكر فى فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الأصل ، فإنه قال : لو غصب عجولا فاستهلك حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخى : يضمن قيمة العجول ونقصان الأم ولم يفعل فى الأم شىء .

: . . . .

على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما فى جميع ما ذكر لتعريف الغصب شريعة فى الكتاب . ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثانى على هذا التعريف حيث قال فى شرح الوقاية : ثم لابد أن يزاد على هذا التعريف لاعلى سبيل الخفية لتخرج السرقة اه . وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : فإن قلت : أليس يصدق الحد المذكور على السرقة ؟ قلت : نعم ، إلا أن فى السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحدّ فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية فى الحدود ، وذلك لاينافى دخولها باعتبار أصلها فى الغصب كالشراء من الفضولى فإنه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ، ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدّى لإخراجها على الحدّ المذكور بزيادة قوله لاعلى سبيل الخفية ، ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أن السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحدّ داخلة فى التعريف المذكور ، إذ لا منع لشىء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لايخفى على ذى فطنة ، وإنما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أولا على سبيل الخفية ، فإن من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقرّر فى كتابها ، ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لاعلى سبيل الخفية ينافى الصدق على ما كان على سبيل الخفية ، فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التى كانت من جملة أسباب الحدّ داخلة فى التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حدّا للغصب فى الشرع ، وإلا لزم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا ، وليس كذلك لامحالة للقطع بتخالف حكمى السرقة والغصب فى الشرع فلغا قوله وذلك لاينافى دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لايخفى . والثانى أن قوله كالشراء من الفضولى فإنه غصب مع أنه مذكور فى باب الفضولى من كتاب البيوع ليس بسديد لأن مجرد الشراء من الفضولى ليس بغصب قطعا ، وإنما الذى يصير غصبا أخذ المشترى من يد الفضولى بغير إذن المالك ، وهو ليس ببيع جزما وليس بمذكور فى كتاب البيوع أصلا ، وإنما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولى فلا صحة فى التمثيل ولا فى التعليل . والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية فى قوله ولم يدر أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح ، لأن ماكان غير محرز كيف يتصوّر أخذه على سبيل الخفية ، فإن عدم الإحراز ينافى الاختفاء ، وعن هذا قال صاحب الهداية فى فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة : الحرز لابد منه لأن الاستسرار لايتحقق بدونه اه . ثمّ إن صاحب الإصلاح والإيضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير إذن المالك : بلا إذن من له الإذن . وقال فى شرحه : وإنما لم يقل بلا إذن مالكه لأن كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان ، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به فى البدائع اه . أقول : وفيه أيضا خلل ، لأن الوقف فى الشرع عند أبى حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد ، وهذا كله مما تقرر فى أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله إن الموقوف ليس بمملوك أصلا ، ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لايقتضى كونه مغصوبا غصبا شرعيا ، فإن وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعى ، بل يتحقق ذلك فى غيره أيضا بنوع من التعدى والجناية ؛ ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبة ، وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق إزالة يد المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب ، بل هى أمانة فى يد الغاصب إن هلكت لايضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجىء فى الكتاب ، مع

واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق ، والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لأن البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء أثر فعله . ثم إن كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم . وإن كان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ، ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم ، وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع . قال (ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله) وفى بعض النسخ : فعليه ضمان مثله ، ولا تفاوت بينهما ، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ـ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ

أنه إذا تعدّى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجىء فى الكتاب ، وكذا إذا قتل رجل عبد رجل خطأ فى يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع أن ذلك ليس بغصب فى الشرع عند أحد . وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الإتلاف كما نصوا عليه . فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعى فى إتلاف الموقوف حتى يردّ به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ فى تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه . ومن ضروراته إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب . بخلاف الجلوس على البساط لأن البسط فعل المالك وقد بقى أثر فعله فى الاستعمال وما بقى أثر فعله تبقى يده . فلم يوجد إزالة يد المالك فلم يتحقق الغصب ، كذا قالوا . قال ابن العز : وفى كلام المصنف هاهنا مؤاخذة لفظية . وهى فى قوله وحمل الدابة : يعنى والحمل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة ، لأن حمل لايتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى بنفسه إلى واحد وإلى آخر بحرف الجر ، تقول حملت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع لا إلى الدابة فتقول : حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة ، إلا أن يضعف الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول : حملت الدابة المتاع ، فحينئذ تصح إضافة مصدره إلى الدابة فتقول تحمل الدابة ، لأن التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية اه كلامه . أقول : هذا الذى ذكره ظاهر ، وكأن صاحب الكافى عن هذا غير عبارة المصنف هاهنا فقال : حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا . ولكن يمكن توجيه كلام المصنف هاهنا بما وجه به الفاضل الشريف فى شرح المفتاح قول العلامة الكاكى افتخارا بمواظبتها حيث قال : والأصل أن يقال بالمواظبة عليها : أى على العبادة ، إلا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالإيصال اه . وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازانى هناك ، وفى تعدية المواظبة بنفسها نظر ، والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم ، وإن كان بدونه فالضمان) أقول : هذا إنما يتم فيما إذا هلك المغصوب فى يد الغاصب ، وأما إذا كان قائما فى يده فحكمه ردّ العين كما سيأتى فى الكتاب ، وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلى دون حكمه الخاص بصورة الهلاك ، اللهم إلا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل إن الموجب الأصلى للغصب مطلقا هو القيمة وردّ العين مخلص كما سيجىء ذكره ، ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به فى الشروح ثم ، فكيف يليق بمثل المصنف بناء

بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع . قال (ومن غصب شيئا له مثل الخ) المغصوب إما أن يكون قائما فى يد الغاصب أولا والأول سيجىء . والثانى إما أن يكون له مثل : أى يكون بما يضمن بمثله من جنسه أولا ، فإن كان الأول فعليه مثله . وفى بعض نسخ القدورى : فعليه ضمان مثله ، ولا تفاوت بينهما لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ـ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى ؛ ولأن المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية ، لأن الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ، ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبرة فى الربويات فكان أدفع للضرر ؛ فإن الغاصب فوّت على المغصوب منه الصورة والمعنى ؛ فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى ، فإن انقطع عن أيدى الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه

(قوله والثانى إما أن يكون له مثل : أى يكون مما يضمن بمثله) أقول : فيه بحث لإفضائه إلى الدور (قوله لأن الجودة ساقطة العبرة فى الربويات) أقول : وفى لطائف الإشارات ضمن الجيد بمثله لا بردىء رعاية للمماثلة .

ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر. قال (فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف : يوم الغصب. وقال محمد : يوم الانقطاع) لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب. ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة.

كلامه على ذلك (قوله ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية : لأن الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ، ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية اهـ. أقول : الظاهر أن المقصود من التعرض هاهنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الأمثال بالجودة والرداءة ، ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي. لأنه إن أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية أنه لاتفاوت بين جيدها ورديئها في المالية فهو ممنوع ، إذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا. وإن أريد بذلك أنه لاعبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «جيدها ورديئها سواء» فهو مسلم لاكلام فيه ، لكن لايندفع به السؤال المتجه على قول المصنف هاهنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الأمثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية ، بل لايخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال هاهنا ، إذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضا تأمل تقف (قوله لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب) قال صاحب النهاية : فإن قلت : لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه ؟ قلت : يحتمل أن يكون ذلك لوجهين : أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله إذ فيه إثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب ، لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب . والثاني لإثبات الأقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال ، فإن أول الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغصب ، ثم يوم الانقطاع ، ثم يوم الخصومة . فإيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله اهـ كلامه. وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الإجمال في معراج الدراية أيضا ، وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضا ولكن بطريق النقل بقيل . أقول : كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه . أما الوجه الأول فلأن ما ذكر فيه لايدل على قوة دليل أبي يوسف ، لأن المغصوب المثلي إنما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ، ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد. فمن أين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ، ولو سلم قوة دليله فهي

قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يوم الغصب . وقال محمد رحمه الله : يوم الانقطاع . لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب (ولمحمد الخ) كلامه فيه واضح . قيل إنما قدم قول أبي يوسف لتثبت الأقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الأقوال ، فإن أول الأوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة ، وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف وإن كان الثاني فعليه قيمته

(قال المصنف : وقال أبو يوسف : يوم الغصب) أقول : وفي شرح الوقاية لصدر الشريعة : مذهب أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة ، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها ، وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ، ويوم الانقطاع لاضبط له . وأيضا لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب . وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل ، وعند عدمه لاقيمة له انتهى . ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال : وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجي هو أن لايوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى .

وإنما يُنتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع . ولأبى حنيفة أن النقل لايثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك . وإنما ينتقل بقضاء القاضى فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء . بخلاف ما لامثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك . قال (وما لامثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة ،

تقتضى تأخير دليله إذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوىّ عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم . وإن كان يقدم القوى فى الأكثر عند نقل أصل الأقوال ، وهذا مما لاسترة به عند من له قدم راسخ فى معرفة أساليب كلام المصنف . وأما الوجه الثانى فلأن إثبات تلك الأقوال بحسب الترتيب الزمانى مما لايتعلق به نظر فقهى أصلا . فتغيير المصنف أسلوبه المقرّر بمجرد ذلك الأمر الوهمى مما لايناسب بشأنه الرفيع . فالوجه عندى أن المصنف جرى هاهنا أيضا على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الأدلة على الأقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمتقدم كما حصل هاهنا أيضا ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق . قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : أقول قول أبى يوسف أعدل ، لأنه لم يبق شىء من نوعه فى يوم الخصومة ، والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها ، وفى المعدوم هذا متعذر أو متعسر . ويوم الانقطاع لاضبط له . وأيضا لم ينتقل إلى القيمة فى هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب . وأيضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له . إلى هنا كلامه . وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة : ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر فى النهاية حيث قال : وحدّ الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثلجى ، وهو أن لايوجد فى السوق الذى يباع فيه وإن كان يوجد فى البيوت ، وعلى هذا انقطاع الدراهم اهـ . وقد سبقه إلى هذا الجواب صاحب الإصلاح والإيضاح . أقول : ويمكن رد هذا الجواب بأن يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم فى السوق الذى يباع فيه لاالمعدوم فى الخارج مطلقا ، وكأنه لهذا قال : وفى المعدوم هذا متعذر أو متعسر : يعنى أنه بعد ما عدم فى السوق الذى يباع فيه إن لم يوجد فى البيوت أيضا يتعذر التقويم ، وإن وجد فيها يتعسر التقويم لأن معيار تقويم المقومين هو السوق الذى يباع فيه الأشياء ؛ وفى غير ذلك لايتيسر التقويم العادل ، وكذا مراده بعدم بقاء شىء فى قوله لم يبق شىء من نوعه فى يوم الخصومة عدم بقائه فى السوق الذى يباع فيه ؛ فعلى هذا لايمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجى فى حد الانقطاع كما لايخفى (قوله بخلاف مالامثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول : فيه إشكال ، لأن هذا لايتم على ما سيجىء عن قريب من أن الموجب الأصلى فى الغصب على ماقالوا هو رد العين ، وإنما رد القيمة مخلص خلفا ، إذ المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لامثل له أيضا إنما هو رد العين لأنه الواجب الأصلى مطلقا ، وإنما ينتقل إلى القيمة بهلاك العين فينبغى أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب ؛ ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل فى الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمة وقت الانقطاع عنده ، وبقضاء القاضى عند أبى حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد منهما . وبالجملة الفرق بين ما لامثل له وبين ماله مثل على قول أبى حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر فى الأول عند وجود أصل السبب ، وفى الثانى عند الانتقال إلى القيمة غير واضح على ما قالوا : إن الموجب الأصلى فى الغصب مطلقا هو رد العين ، وإنما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجىء : وأما على ما قيل :

يوم غصبه . قال المصنف رحمه الله (معناه) أى معنى قوله لامثل له (العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناه الشىء الذى لايضمن بمثله من جنسه ، لأن الذى لامثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدوابّ والثياب ، وإنما وجب قيمته

(قال المصنف : لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه مطالب بالعين إذا كانت قائمة على القول الأقوى (قوله لأن الذى لامثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول : إذ الأجسام متماثلة لتجانس الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعدديات الخ) أقول : أشار بقوله ذلك إلى الشىء فى قوله أن معناه الشىء الذى الخ .

لأنه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان . أما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت . وفى البرّ المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له . قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه ما دام

أن الموجب الأصلى هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجىء أيضا فلا يتم دليل أبى حنيفة ولا دليل محمد رأسا ، إذ فى كل منهما تصريح بأن الموجب الأصلى فى الغصب غير القيمة ، وإنما ينتقل إليها بأمر عارض ، فالمقام لايخلو عن الإشكال على كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه ، معناه العدديات المتفاوتة) يعنى معنى قول القدورى فى مختصره مالا مثل له العدديات المتفاوتة . قال صاحب العناية أخذا من النهاية : وتحقيقه أن معناه الشىء الذى لايضمن بمثله من جنسه ، لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدوابّ والثياب اهـ . أقول : هذا الذى عده تحقيقا مما لا طائل تحته ، بل لاحاصل له لأنه إن أراد بالشىء الذى لايضمن بمثله من جنسه مالا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله بقوله لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، لأن ما لا يكون له مثل من جنسه لايكون له مثل من غير جنسه أيضا بالأولوية فلا يكون له مثل أصلا . وقد قال فى التعليل : إن الذى لامثل له على الحقيقة هوالله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله مالا مثل له فى قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه ، وإن أراد بذلك ماله مثل من جنسه ، ولكن لايضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله ، فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدورى مالا مثل له فى قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال فى وضع المسئلة ، إذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لايضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته . أى يضمن بقيمته فيشبه جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة . وبالجملة تفسير مالا مثل له فى هذه المسئلة بما لايضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية ، وكذا تفسير ماله مثل فى المسئلة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لاتقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة فى صدر المسئلة فيكون معنى قولهم فى المسئلة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك فى يده فعليه ضمان مثله ، ولا يخفى مافيه من الاستدراك واللاغية . فالحق عندى أن المراد بما له مثل فى المسئلة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذى ينصرف إليه المثل عند الإطلاق ، وبما لامثل له فى هذه المسئلة مالامثل له فى صورة ومعنى ، وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التى هى المثل القاصر . وقد أفصح عن نوعى المثل فى الكافى حيث قال من قبل : إن المثل نوعان : كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل فى ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل ، وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة ، والقاصر لايكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اهـ . فيصير معنى هذه المسئلة : وما لايكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهوالقيمة فينتظم المقام بلا كلفة . قال فى الكافى بعد ذكر مسئلتنا هذه : وقال مالك : يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا . ولنا ماروى عن شريح : « من كسر عصا فهى له وعليه قيمتها » وهو المراد بالمثل المذكور فى النص اهـ . أقول : يرد عليه أنه لوكانت القيمة هى المراد بالمثل المذكور فى النص وهو قوله تعالى - فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده ، وقد مرّ الاستدلال به على ذلك فى المسئلة الأولى ، وهو الذى أشار إليه فى الكافى وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددى المتقارب فهو كالمكيل) قال فى النهاية : وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون ، لأن من الموزونات ماليس بمثلى وهو الموزون الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت اهـ . أقول : لقائل أن يقول : لوكان اقتصاره على المكيل لذلك الشىء الذى ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال : ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله

(لتعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الإمكان ، أما العددى المتقارب) كالجوز والبيض (فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل : وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من

قائما لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تردّ » وقال عليه الصلاة والسلام « لايحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادّا ، فإن أخذه فليردّه عليه » ولأن اليد حق مقصود وقد فوّتها عليه فيجب إعادتها بالردّ إليه ، وهو الموجب الأصلى على ما قالوا . وردّ القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر ، إذ الكمال فى رد العين والمالية . وقيل الموجب الأصلى القيمة وردّ العين مخلص ، ويظهر ذلك فى بعض الأحكام ،

وليس فليس . وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما فى النهاية بقيل : وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبرّ المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة اهـ . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل

الموزونات ما ليس بمثل . وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبرّ المخلوط بالشعير فإنه لامثل له ففيه القيمة ، وإن كان الأول فعلى الغاصب ردّ العين ، ولعمرى إن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترد ») أى على صاحب اليد عين ما أخذت اليد حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم « لايحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادّا ، فإن أخذه فليرده عليه ») وهو واضح . ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفى . ومعناه : أن لايريد بأخذه سرقته ولكن إدخال الغيظ على أخيه . فهو لاعب فى مذهب السرقة جادّ فى إدخال الأذى عليه ، أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجدّ فى ذلك ليغيظه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد فى التجارة فإنه لاحكم لشرائه فى حقه سوى التصرف باليد . لاسيما إذا كان مديونا فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى فى التصرف ، فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوّتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أى ردّ العين هو الموجب (الأصلى على ما قالوا ، وردّ القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر ، إذ الكمال فى ردّ العين والمالية . وقيل الموجب الأصلى القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك فى بعض الأحكام) فمنها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فإنه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لاضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب فى الحال ثابتا لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لايصح . ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لاتصح بالعين . ومنها وجوب الزكاة فإن الغاصب إذا كان له نصاب فى ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم فى يده لايجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب . قيل : والصحيح هو الأول لأن الموجب الأصلى لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن ردّ العين إذا قدر على القيمة ، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل ، وليس كذلك . والجواب عن مسئلة الإبراء إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك ، فكان الإبراء صحيحا من ذلك الوجه ، وقد قررنا ذلك فى التقرير والأنوار ، وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة ، والمغصوب منها وقد تقدم فى الكفالة ، وعن مسئلة الزكاة بما ذكرنا فى مسئلة الإبراء

(قوله قيل وإنما اقتصر ، إلى قوله : والطشت) أقول : إلا أن بينهما فرقا ، فإن البر والشعير مختلفان من الأصل ، بخلاف القمقم والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس ، فإن اختلافهما ليس إلا لاختلاف الصفة (قوله ولعمرى إن تقديم هذا الخ) أقول : وإنما قدم المصنف ماقدمه اهتماما لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافيات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول : لأنه موجب (قال المصنف : ويظهر ذلك فى بعض الأحكام) أقول : منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح ، حتى لو هلك بعده لايجب الضمان ، ولولا أن الواجب الأصلى القيمة لما صح ذلك . ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ، ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين وذا لايصح . ومنها أنه لاتجب الزكاة على الغاصب فى نصاب بيد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب ، كذا ذكره فى النهاية . والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول : يعنى لأن رد القيمة قاصر (قوله إذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب) أقول : كما إذا انتقص بالدين (قوله قيل والصحيح) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل وليس كذلك) أقول : رده العلامة الزيلعى وقال : كونه لايصار إليه مع القدرة على رد العين لايدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة ، فإن الظهر هو الأصل والجمعة خلف عنه ، ولا يصار إليه إلا عند العجز عن إقامتها ، إلى هنا عبارته . ولك أن تقول : ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورده (قوله وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول : وأنت خبير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسئلة الإبراء

(والواجب الردّ فى المكان الذى غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن (فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتّى يعلم أنها لوكانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لأن الواجب ردّ العين والهلاك بعارض، فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله ، كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه . فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة . قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل (وإذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه) وهذا

فى قوله أما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتّى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له ، وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكيل فى تحقق المماثلة فى الكيل كما تقرّر فى باب الربا من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أى الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته ويتحقق فيه . كذا فى معراج الدراية . ثم إن المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لابيان مجرد تحققه فى المنقول ، إذ لاخلاف فيه ولا اشتباه . وإنما الخلاف والاشتباه فى عدم تحققه فى غير المنقول فهو المقصود الأصلى بالبيان هاهنا فالقصر معتبر فى التركيب المذكور : أعنى قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار إليه تاج الشريعة حيث قال فى تفسير ذلك : أى تحقق الغصب فى المنقول دون غيره . وأشار إليه صاحب العناية أيضا حيث قال فى تفسير ذلك : أى تحقق الغصب فى المنقول دون غيره ، وأشار إليه صاحب العناية أيضا حيث قال : الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا فى العقار ، بل أشار إليه المصنف نفسه حيث قال فى تعليل ذلك : لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره . قلت : بقى الكلام فى أن أداة القصر فى التركيب المزبور ماذا ؟ فلعلها هى تعريف المسند إليه بلام الجنس ، فإنه يفيد قصر المسند إليه على المسند كما صرحوا به فى علم الأدب ، ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم فى العرب والإمام من قريش . (قوله لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل) أقول : لقائل أن يقول : هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتى فى دليل عدم الضمان فى غصب العقار لايفيد المدعى هاهنا كما لايخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا ، وبذكر التفصيل الآتى هناك يستغنى عن ذكر الدليل هاهنا . فالأحسن أن يكتفى بما سيأتى فى تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الأصل المذكور هاهنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه هاهنا ، فإن الخلاف المذكور هناك متحقق هاهنا أيضا لا محالة (قوله وإذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه)

ثم الواجب الردّ فى المكان الذى غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادّعى هلاكها حبسه الحاكم حتّى يعلم أنها لوكانت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مفوّض إلى رأى الحاكم . وهذا إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة ، فإن رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببدلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على مايدعيه من القيمة (لأن الواجب ردّ العين والهلاك بعارض ، فالغاصب يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر . فإن قيل : ذكر فى الذخيرة فى السير أن الغاصب إذا عيب المغصوب والقاضى يقضى عليه بالقيمة من غير تلوّم فما وجهه ؟ قيل : فى المسئلة روايتان ، وقيل المذكور فى الذخيرة جواب الجواز ، والمذكور فى الكتاب جواب الأفضل . قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا فى العقار وهو كل ما له أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد، وقيل التحويل هو النقل من مكان والإثبات فى مكان آخر كما فى حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون الإثبات فى مكان آخر (لأن الغصب بحقيقته) حوالة (يتحقق فى المنقول دون غيره ، لأن إزالة اليد بالنقل) ولا نقل فى العقار والغصب بدون الإزالة لايتحقق (فإذا غصب عقارا فهلك فى يده بغير صنعه لم يضمنه

(قوله وقيل المذكور فى الذخيرة جواب الجواز) أقول : يعنى لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور فى الكتاب جواب الأفضل) أقول : يعنى الأفضل هو التلوم (قال المصنف : والغصب فيما ينقل ويحول) أقول : والغصب مبتدأ ، وقوله فيما ينقل خبره (قوله لأن الغصب بحقيقته الخ) أقول : تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا فى العقار . قال المصنف (وإذا غصب عقارا)

عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يضمنه ، وهو قول أبي يوسف الأول ، وبه قال الشافعي لتحقق إثبات اليد ، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة .

أقول : كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله وإذا غصب عقارا الخ لأن هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب ، فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه : وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولا ، وهو قول أبي يوسف الآخر ، حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لاينعقد موجبا للضمان اهـ. والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية . ثم أقول : المراد بالغصب في قوله وإذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي ، فلا يتجه أن يقال : قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم هاهنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب ، لأن الضمان إنما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي ، والمتحقق هاهنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة . قال بعض الفضلاء : إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ . أقول : فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تعذر الحقيقة ، وهنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار إلى المجاز ، اللهم إلا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي ، ولكن حق الأداء ما قدمناه كما لا يخفى . وقال صاحب غاية البيان : وقد اختلفت عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقال بعضهم : يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان . وقال بعضهم : لايتحقق أصلا ، وإليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه . أقول : فيه نظر ، لأنه إن أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك ، إذ لم يقل أحد إن الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها ، كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان ، فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لايتخلف عنه عند أحد ، وإنما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه ، وإن أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان ، وبعضهم قال لايتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدا قال إن الغصب اللغوي لايتحقق فيها ، لأن الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ، ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار إذ لم يعتبر فيه إزالة يد المالك أصلا فضلا عن إزالة

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يضمنه ، وهو قول أبي يوسف الأول والشافعي رحمهما الله لتحقق إثبات اليد) بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وإنما قيل من جنس واحد احترازا عما إذا آجر داره من رجل فإنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفتان (فيتحقق الوصفان) يعني إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على مابيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وجحود الوديعة) في العقار) فإنه إذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق ، فالقول بالضمان في هذه الصورة ، وقد ثبت أن جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر ، وكأن التكلف بإثبات إزالة اليد من

أقول : إطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة . قال المصنف (لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول : هو تعليل قول محمد لا تعليل قول الشافعي فإن عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون إزالة يد المالك كذا في شرح الكاكي . وقال الأكمل وكأن التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم .

ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل فى العين . وهذا لايتصوّر فى العقار لأن يد المالك لاتزول إلا بإخراجه عنها ، وهو فعل فيه لا فى العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشى . وفى المنقول : النقل فعل فيه وهو الغصب . ومسئلة الجحود ممنوعة ، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك . قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعا) لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل فى العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ، فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشترى ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف فى الغصب

يده بفعل فى العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعى عندهما فى العقار على ماستعرفه فلا يصدر ممن له أدنى تمييز إنكار تحقق الغصب اللغوى فى العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل فى العين وهذا لايتصوّر فى العقار لأن يد المالك لاتزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا فى العقار) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل : ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك : أى بسبب ذلك ، وهذا أى هذا المجموع . لايتصوّر فى العقار لأن يد المالك لاتزول إلا بإخراجه ، أى بإخراج المالك عنها : أى عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار ، وهو أى الإخراج فعل فى المالك لا فى العقار فانتفى إزالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه اه . أقول : فى تقريره قصور . أما أولا فلأنه جعل الباء فى قول المصنف بإزالة يد المالك للسببية ، وليس بواضح إذ على تقدير تحقق السببية بين إثبات يد الغاصب وبين إزالة يد المالك كان السبب هو إثبات يد الغاصب دون إزالة يد المالك لكون الأول وجوديا وأصلا صادرا من الغاصب . والثانى أمرا عدميا متفرعا على الأول . وأيضا لو كان الباء المزبورة للسببية كان معنى كلام المصنف : ولهما أن الغصب إثبات اليد المسبب عن إزالة يد المالك بفعل فى العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع إثبات اليد العادية وإزالة يد المالك بفعل فى العين

جانب الشافعى للإلزام لأنه يكتفى فى الغصب بإثبات اليد الباطلة كما تقدم (ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك) أى بسبب ذلك (وهذا) أى هذا المجموع (لايتصوّر فى العقار ، لأن يد المالك لاتزول إلا بإخراجه) أى بإخراج المالك (عنها) أى عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أى الإخراج (فعل فى المالك لا فى العقار) فانتفى إزالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما إذا بعد المالك عن المواشى) حتى تلفت ، فإن ذلك لايكون غصبا لها (وفى المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ، ومسئلة الجحود ممنوعة) ذكر فى المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لايضمن وإن جحد . وذكر فى المبسوط : والأصح أن يقال جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان فى العقار فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم بالجحود تارك لذلك) قال(وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه)وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه فى قولهم جميعا . أما على قول محمد والشافعى رحمهما الله فظاهر . وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلأنه إتلاف ، والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه ، لأنه فعل فى العين . قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعنى القدورى (إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه ، وإنما قيد بذلك لأنه إذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقرّ بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف فى الغصب) لايضمن البائع للمالك شيئا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، لأن البيع والتسليم

(قال المصنف : ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل فى العين) أقول : ليت شعرى بأى دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل فى العين ومتى ثبت ، بل مفهوم إزالة اليد تحققه فى إخراج المالك أظهر ، ويجوز أن يقال : الواجب ضمان المحل ، فإذا لم يكن له فعل فى المحل بل فى ملكه لايجب ضمان المحل (قال المصنف : وهذا لايتصور فى العقار) أقول : للخصم أن يقول : إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فتأمل (قوله أى بسبب ذلك) أقول : فيه تأمل ، فإن السببية غير ظاهرة ، بل الظاهر أنها للإلصاق أو المصاحبة .

هو الصحيح قال (وإذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل. قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجانبين . قال (وإذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

كما هو المقصود . فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى : ولهما أن الغصب إثبات اليد مع إزالة يد المالك بفعل فى العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود . وأما ثانيا فلأن المتبادر من قوله فانتفى إزالة اليد بدون التقييد أن لا تتحقق إزالة اليد أصلا فى غصب العقار عندهما . وليس كذلك إذ قد مرّ فى تعليل قول محمد إن من ضرورة إثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد فى حالة واحدة . وفى تعليل قولهما هاهنا لم يتعرض لنفى تلك المقدمة . وليست بقابلة للنفى والمنع لتقررها وبداهتها فلا جرم كانت مسلمة عندهما أيضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء إزالة اليد أصلا فى غصب العقار . فالأولى فى تقرير دليلهما وحل كلام المصنف هاهنا أن يقال : ولهما أن الغصب إثبات اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل فى العين لا مع إزالة يد المالك مطلقا : أى سواء كانت بفعل فى العين أو بفعل فى المالك . وما كان من ضرورة إثبات اليد إنما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص ، وهو أن يكون بفعل فى العين . وهذا يعنى مجموع ما اعتبر فى حقيقة الغصب من إزالة اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل فى العين لا يتصوّر فى العقار . لأن يد المالك فى العقار لا تزول إلا بإخراج المالك عنها : أى عن العين المغصوبة . وهو أى ذلك الإخراج فعل فى المالك لا فى العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل فى العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه فى يد الآخذ ، وبهذا التقرير يثبت مدعى الإمام الأعظم والإمام الثانى . ويخرج الجواب عما ذكر فى دليل إمامنا الثالث والشافعى كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة . واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال : ليت شعرى بأىّ دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل فى العين ومتى ثبت ، بل مفهوم إزالة اليد تحققه فى إخراج المالك أظهر اهـ . أقول : قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فرّا على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال ولم يوجد فى العقار ، والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب ، فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل فى الضمان فيستدعى وجود مثله منه فى المغصوب ليكون اعتداء بالمثل ، إلى هنا كلامه فتأمل . ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف فى تعليل قولهما وهذا لا يتصوّر

غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان فى الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله . وقيد بقوله ولا بينة له لأن إقرار البائع بالغصب فى حق المشترى باطل ، فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب . وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشترى فلا يضمن البائع بالاتفاق . وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون احترازا عن قول بعضهم بأن فى مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق . فإن قيل : إذا شهدا بدار لإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق وإتلافهما كإتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما . أجيب بأن مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع . فالفرق بين المسئلتين أن الإتلاف فى مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما ، حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالإتلاف . وأما فى مسئلتنا فإن الإتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم . بل بعجز المالك عن إثبات ملكه ببينته ؛ ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا (وإن نقصت بالزراعة يغرم النقصان . ويعرف النقصان بأن ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها ، وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح . قال (وإذا هلك النقلى فى يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه ، وذكر اختلاف النسخ وبين

(قوله فإذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول : فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول : يعنى المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول : يعنى بعد الشهادة والقضاء .

وفى أكثر نسخ المختصر : وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لأن العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب ، وعند العجز عن ردّه يجب رد القيمة أو يتقرّر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وإن نقص فى يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ،

فى العقار بأن قال : للخصم أن يقول : إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد فتأمل اه . أقول : ليس هذا بشىء ، إذ ليس فى الخصوم من ينكر تحقق إثبات اليد فيه ، ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصوّر أن يقول الخصم إنما لم يضمن فيه لانتفاء إثبات اليد (قوله وفى أكثر نسخ المختصر : وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول : لقائل أن يقول : إن أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو مسلم ، ولكن لايعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور هاهنا فى أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو يعم المنقول وغيره ؛ ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر فى قوله وإذا غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لا محالة ، وإن أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا . ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد هو الأول ، ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور هاهنا فى أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لأن المعنى اللغوى فى المنقولات الشرعية معنى مجازى بالنظر إلى وضع أهل الشرع على ماعرف فى علم الأصول ، بل فى علم البيان أيضا ، فلا بد فى إرادة المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية فى تخاطب أهل الشرع من قرينة وهاهنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعى ، بخلاف قوله فيما مر وإذا غصب عقارا ، فإن قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب فى قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر (قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول : فيه شىء ، وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى من المنقولات لعموم الحكم المذكور فى جوابها كلا منهما ، مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لايتمشى فى صورة المثل على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، إذ قد تقرّر فيما مر أن المعتبر فى هاتيك الصورة عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة ، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية (قوله وإن نقص فى يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب ، فما تعذر ردّ عينه يجب ردّ قيمته) أقول : فى هذا التعليل قصور ، إذ قد صرح فى عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تعم ما كان النقصان فى بدن المغصوب مثل أن كان جارية فاعورّت أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها ، وما كان فى غير بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسى الحرفة . ولا يخفى أن التعليل المذكور لايتمشى فى الصورة الثانية ، لأن النقصان

المراد واستدل بقوله (لأن العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب ، وعند العجز عن رده تجب القيمة) يعنى على رأى من يرى أن الموجب الأصلى فى الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا أو تتقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى من يرى أن الأصل هو القيمة ورد العين خلف عنه ، فإن هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أى ولكون الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل فى ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وإن نقص) المغصوب (فى يد الغاصب) ولم ينجبر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان فى بدنه مثل أن كان جارية فاعورّت ، أو ناهدة الثديين فانكسر ثديها ، أو فى غير بدنه مثل أن كان عبدا محترفا فنسى الحرفة (لأنه دخل فى ضمانه بجميع أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء (ف)تعذر رد عينه و (ما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) وأما إذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردها وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر رحمه الله ، فإن كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو إما أن يكون الرد فى مكان الغصب أولا ، فإن كان فيه فلا ضمان عليه لأن تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء ، وإن لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى

بخلاف تراجع السعر إذا رد فى مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء . وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد . أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لابالعقد على ١٠ عرف . قال رضى الله عنه : ومراده غير الربوى . أما فى الربويات لايمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا . قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضى الله عنه وهذا عندهما أيضا.

فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء . فالأولى فى التعليل أن يقال : لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه فى ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتى : وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد ، أما الغصب فقبض ، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ١٠ عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوى ، أما فى الربويات لايمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا) يعنى أن مراد القدورى بقوله وإن نقص فى يده ضمن النقصان غير الربوى ، وأما فى الربويات : أى فى الأموال الربوية التى لايجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان فى الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا ، هذا فحوى كلامه . أقول : لقائل أن يقول : عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان الربويات فى الأوصاف كما إذا غصب حنطة تعفنت فى يده ، إذ لا اعتبار للتفاوت فى الوصف عندنا فى الأموال الربوية فيؤدى تضمين النقصان فى الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا لامحالة ، وأما فيما إذا كان نقصانها فى الأجزاء كما إذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلا أو وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقى من الأصل بلا تأد إلى الربا أصلا كما لايخفى ، فما معنى تخصيص مراد القدورى بغير الربوى والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل فى الربويات مطلقا فتأمل . وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : قال المصنف : ومراده أى مراد القدورى بقوله وإن نقص فى يده ضمن النقصان غير الربوى ، أما فى الربويات كما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فانهشم فى يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا ، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شىء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثله ، إلى هنا كلامه . أقول : تقرير صاحب العناية هاهنا وإن كان مطابقا لما ذكر فى الكافى وما ذكر فى النهاية نقلا عن الإيضاح إلا أنه منظور فيه عندى . أما أولا فلأنه قد صرح فى شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها

الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده ، لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة ، وله أن ينتظر ، فقوله (بخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف ، يعنى إذا نقص شىء من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشترى لايضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لايسقط شىء من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف وإن فحش النقصان ، كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت فى يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيرا بين إمضاء البيع وفسخه ، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والأوصاف لاتضمن به (أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض ، وهذا لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف ، والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة . قال المصنف رحمه الله (ومراده) أى مراد القدورى رحمه الله بقوله وإن نقص فى يده ضمن النقصان (غير الربوى . أما فى الربويات) كما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فانهشم فى يده فـ(لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار ، إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شىء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثله . قال (ومن غصب عبدا فاستغله) أى ومن غصب عبدا فآجره وقبض الأجرة فصار مهزولا فى العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع

(قوله لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان ، فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول : الضمير فى نقله راجع إلى الغاصب ، والضمير فى له راجع إلى المالك المقدم ذكره ، والضمير فى يطالبه راجع إلى الغاصب (قال المصنف : قال رضى الله عنه : وهذا عندهما أيضا) أقول : الظاهر تقديم أيضا على قوله عندهما .

وعنده لايتصدق بالغلة ، وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار . لأبى يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه . أما الضمان فظاهر ، وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا . ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير ، وما هذا حاله فسبيله التصدق ، إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان) لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه ، بخلاف ما إذا باعه فهلك فى يد المشترى ثم استحق وغرمه

وفى سائر المعتبرات أيضا بأن الوزنى الذى فى تبعيضه مضرة كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلى بل هو من ذوات القيم ، ولا شك أن إناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات هاهنا بإناء فضة انهشم فى يده . وأما ثانيا فلأنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله ، وتضمين المثل إنما يتصور فى المثليات دون ذوات القيم التى منها إناء فضة على مقتضى ماصرحوا به كما مر آنفا ، فلعل الحق فى حكم غصب إناء فضة إذا نقص فى يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبى الحسن الكرخى من أن صاحبه بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شىء له غير ذلك ، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب ، وعبارة الكرخى هكذا : وإن كان الإناء فضة فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بعينه ولا شىء له غير ذلك ، وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب ، وكذلك إن كان الإناء من ذهب فهو بالخيار ، إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهى . ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل ، غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل إناء فضة حيث قال . وفى المبسوط : وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا ، وعند الشافعى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للجودة والرداءة والصنعة فى الأموال الربوية قيمة ، وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ، فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ، أو لو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة ، فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا اهـ (قوله لأبى يوسف أنه حصل فى ضمانه وملكه . أما الضمان فظاهر ، وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول : فيه نوع تأمل ، لأن الذى حصل فى ضمانه وملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون

أجزائه فى ضمانه بالغصب ، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ، ويتصدق بالغلة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعند أبى يوسف رحمه الله لايتصدق بها . وعلى هذا إذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة . لأبى يوسف رحمه الله أنه حصل فى ضمانه وملكه . أما الضمان فظاهر لأن المغصوب دخل فى ضمان الغاصب . وأما الملك فلأنه يملكه من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب : أى سلمنا أنه حصل فى ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير . وما هو كذلك فسبيله التصدق ، إذ الفرع يحصل على وصف الأصل ، أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف. فإن قيل : التصرف فى ملكه مستندا فأنى يكون الخبث ؟ أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت (فلا ينعدم به الخبث ، فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان ، لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك فى يد المشترى ثم استحق وغرمه المشترى فإن الغاصب

(قوله لكنه بسبب خبيث) أقول : أى لكنه حصل أو لكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول : سيجىء الحديث بتفصيله فى الدرس الآتى (قال المصنف : والملك ناقص) أقول : حيث لم يملك العبد كله ، بل ما نقصته الغلة إذا لم يضمن غيره . نعم لاعموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله . وفى أكثر النسخ : والملك المستند ناقص فلا مجال للحمل على هذا الاحتمال إلا بجعل اللام عهدية (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص : يعنى لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ، ولهذا يظهر فى حق القائم دون الفائت) أقول : المضمون وهو مانقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل ، فإنه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك فى حق حل الوطء الذى فات (قال المصنف : فيزول الخبث بالأداء إليه) أقول : زوال الخبث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لايوجب جواز الاستعانة

ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشترى إلا إذا كان لايجد غيره لأنه محتاج إليه، وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه . فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال، وإن كان فقيرا فلا شىء عليه لما ذكرنا . قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح . وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة وربح . لايطيب له الربح عندهما ، خلافا لأبى يوسف، وقد مرّت الدلائل وجوابهما فى الوديعة أظهر لأنه لايستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف فى ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة . أما فيما لايتعين كالثمنين

مجموع المغصوب . لأن الكلام فيما إذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل ، والظاهر أن الغلة : أى الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لابمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط . فما وجه القول بأن لايتصدق بشىء من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال . وإن كان فقيرا فلا شىء عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ، ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال : وفى المبسوط : فإذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنىّ ، وإن كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشىء من ذلك اهـ . أقول : فيه إشكال ، فإنه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة فى أداء الثمن إلى المشترى . فى هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن فى حق الغلة المصروفة إلى حاجته فى حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند إصابته مالا ، أو لايرى أنه لوصرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد أصلا ؛ ففيما إذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل ، اللهم إلا أن يقال : وجه تأثير الغنى السابق فى تلك الصورة هو أنه إن لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشترى فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة ، لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدارا للحكم الشرعى فتدبر . وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور فى كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه . أقول : هذا هو الظاهر ، ولكن فيه أيضا شىء ، وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه إنما يجوز رأسا إذا كان لايجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن إليه إلا إذا كان لايجد غيره ، ولا يخفى أنه إذا كان لايجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شىء عليه ، إذ معناه فبعد أن صرفها إلى حاجة

ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن إلى المشترى ، لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أى غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه ، وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيه خبث (فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال) أى وقت استهلاك الثمن ، وإن كان فقيرا فلا شىء عليه لماذكرنا) أنه محتاج ، وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شىء عليه . وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله . قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب إذا تصرف فى المغصوب أو المودع فى الوديعة وربح فيه لايطيب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، خلافا لأبى يوسف رحمه الله : وقد مرّ فى الدلائل . وجوابهما فى الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لايستند الملك إلى ماقبل التصرف لانعدام سبب الضمان ، فكان التصرف فى غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا ، وإنما كرّر الشراء فى وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدى ، ثم هذا : أى عدم طيب

الغاصب فى أداء ما وجب عليه بتلك الغلة كمن أدى دين زيد بماله الآخر ، فليتأمل فإن جوابه غير خفى .

فقوله فى الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن . أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له ، وهكذا قال الكرخى لأن الإشارة إذا كانت لاتفيد التعيين لابد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث . وقال مشايخنا : لايطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال ، وهو المختار لإطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة . قال (وإن اشترى بالألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشىء ، وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس .

نفسه لو أصاب مالا الخ ، اللهم إلا أن يقال : يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله فى الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها) أقول : فى عبارة المصنف هاهنا تسامح ، لأن حاصلها يئول إلى أن يقال فقوله فى الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره ، لأن قوله اشترى بها فى قوله إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها نفس ما فى الكتاب ، وقوله ونقد منها أمر مغاير له ، ولا معنى للقول بأن فى الشىء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لايخفى ، فالظاهر أن يقال : فقوله فى الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا أشار إليها ونقد منها إذ حينئذ لايلزم المحذور المذكور ، وتظهر المقابلة بقوله بعده : وأما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها كما لايذهب على ذى مسكة . ثم إن مأخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله وهو المختار لإطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة ماذكره فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير ، ولفظه : إذا أشار إليها ونقد منها بدل قول المصنف إذا اشترى بها ونقد منها ، فإنه قال هناك : وهذا واضح فيما يتعين بالإشارة إليه . فأما فى الدراهم والدنانير فقد ذكر فى الكتاب إذا اشترى بها يتصدق بالربح ، وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها . وكان الكرخى يقول فى المسئلة إن ذلك على أوجه : إما أن يشير إليها وينقد منها ، وإما أن يشير إليها وينقد من غيرها ، وإما أن يطلق إطلاقا وينقد منها أو يشير إلى غيرها وينقد منها . وفى كل ذلك يطيب إلا أن يشير إليها وينقد منها فإن الإشارة إليها لاتفيد التعيين فيستوى وجودها

الربح فيما يتعين بالإشارة كالعروض ظاهر ، وأما فيما لايتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير . فقوله (فى الكتاب) يعنى الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الإسلام : لأن ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها إذا أشار إليها ونقد منها ، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له ، وهذه أربعة أوجه ، ففى واحد منها لايطيب ، وفى الباقى يطيب . وذكر فى المبسوط وجها آخر لايطيب فيه أيضا ، وهو أنه إذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم . وهذا التفصيل فى الجواب قول الكرخى رحمه الله ، لأن الإشارة إذا كانت لاتفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء ، فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث . قالوا : والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس . وقال فخر الإسلام رحمه الله : قال مشايخنا رحمهم الله : لايطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال : أى فى الوجوه كلها ، وهو المختار لإطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح ، وقال وذلك لأنه إذا نقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم ، فأما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبث ، وإن أشار إليها ونقد من غيرها فإعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا ، وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها فى الخبث ووجوب التصدق (وإن اشترى بألف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشىء) بل يرد عليه مثل ماغصب (فى قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلم يظهر الربح .

قال المصنف : (لإطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة) أقول : هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده ، لالقوله بكل حال ولا المجموع كما لايخفى .

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها. ولايحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها. كمن غصب شاة وذبحها وشواها أوطبخها

وعدمها إلا أن يتأكد بالنقد منها . قال مشايخنا : بل لايطيب بكل حال أن يتناول من المشترى قبل أن يضمن . وبعد الضمان لايطيب الربح بكل حال ، وإطلاق الجواب هاهنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار . إلى هنا لفظ فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير . وقال فى الذخيرة : قال مشايخنا : الفتوى اليوم على قول الكرخى لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس ، وعلى هذا تقرر : أى الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسى .

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

قال فى العناية : لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله اهـ . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن ما يزول به ملك المالك وإن كان عارضا لأصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض ، فإن موجب أصل الغصب إنما هو رد العين . ولا يصار إلى رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر . فلم يكن رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين حكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض . فكان بالتأخير أحرى منه . وأما ثانيا فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضا إنما يقتضى استحقاقه للتأخير لالفصله عما قبله بأن يورد فى فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله . وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال : لأنه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك ، لكن لايتم به تمام التقريب إذ المقصود بيان وجه ذكر مايتعلق بذلك العارض من المسائل فى فصل على حدة لابيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها . ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قال فى العناية : قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله ، مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا

(فصـــل)

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر مايزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغير فعله، مثل أن صار العنب زبيبا بنفسه أو خلا أو الرطب تمرا فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه . وقوله حتى زال اسمها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية . وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها يزول بالطحن ، والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناوله فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقا لاحنطة . ومثل ذلك بقوله (كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لايزيل الملك ،

(فصل فيما يتغير بعمل الغاصب)

(قوله والظاهر أنه تأكيد ، لأن قوله زوال اسمها يتناوله الخ) أقول : فيه أن الشاة إذا أربت بعد ذبحها وسلخها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجىء من الشارح ؛ فالأولى أن يقال : قوله وعظم منافعها احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأربها فتأمل .

أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا . وقال الشافعى رحمه الله : لاينقطع حق المالك وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده لأنه يؤدى إلى الربا ، وعند الشافعى يضمنه ، وعن أبى يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع فى دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعى أن العين باق فيبقى على ملكه

أوالرطب تمرا ، فإن المالك فيه بالخيار ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه وضمنه . وقوله حتى زال اسمها احترازعما إذا غصب شاة فذبحها فإنه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها . يقال شاة مذبوحة وشاة حية . وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول بالطحن . والظاهر أنه تأكيد لأن قوله زال اسمها يتناوله ، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقا لاحنطة . إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه نظر ، فإن كون قيد وعظم منافعها فى هذه المسئلة مذكورا لمجرد التأكيد مع وقوعه فى عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لاتقبله الطباع السليمة ، فالحمل عليه من ضيق العطن . والصواب أنه احترازعما إذا غصب شاة فذبحها وأربها ، فإنه لايزول بالذبح والتأريب ملك مالكها كما سيأتى فى الكتاب ، مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سيأتى التصريح به فى عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر (قوله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء : الظاهر أن المراد نقصان القيمة . أقول : ظهوره ممنوع ، كيف وقد قال عامة الشراح فى بيان قول المصنف فيما سيأتى : ولنا أنه أحدث صنعة متقومة ، لأن قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا ، وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها ، فإذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فأنى يتصور هناك نقصان القيمة ، بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفنت ، وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال : لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن . ثم قال : والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربا بينهما ، ولا يجرى الربا إلا باعتبار المجانسة . وقال : فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ، ولو أخذ عين الحنطة كان لايجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لأدائه إلى الربا على مامر فكذلك هاهنا اه . اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لانقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف ، لكن الظاهر فى مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لايخفى (قوله للشافعى أن العين باق الخ) قال صاحب العناية : قوله

بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة ، والأمثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعنى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه (عندنا . وقال الشافعى رحمه الله : لاينقطع حق المالك وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده لأنه يؤدى إلى الربا) إذ الدقيق عين الحنطة من وجه ، لأن عمل الطحن فى تفريق الأجزاء لا فى إحداث ما لم يكن موجودا وتفريق الأجزاء لايبدل العين كالقطع فى الثوب ؛ ألا ترى أن الربا يجرى بينهما ولا يجرى الربا إلا باعتبار المجانسة (وعند الشافعى يضمنه) لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين فى الأموال الربوية جائز ، وهو رواية عن أبى يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه حقه (لكنه يباع فى دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) قوله (وللشافعى) عطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا ، وتقريره أن بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك ، لأن الواجب الأصلى فى الغصب رد العين عند قيامه ، ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين

(قال المصنف : وقال الشافعى : لاينقطع حق المالك) أقول : الأظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبى يوسف ثانيا ، فإن فيه لاينقطع حق المالك أيضا ، نعم ينبغى أن يكون المراد بحق المالك ملكه (قال المصنف : غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لايضمنه النقصان عنده) أقول : الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع فى دينه) أقول : قوله لكنه ليس فى محله ، والظاهر أن يقال : فيباع فى دينه (قوله قوله والشافعى عطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا) أقول : فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند

وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح فى الحنطة وألقتها فى طاحونة فطحنت ، ولا معتبر بفعله ، لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف ، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأرّبها . ولنا أنه أحدث صنعة متقوّمة صير حق المالك هالكا من وجه ، ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذى هو فائت من وجه ، ولا نجعله سببا للملك من حيث أنه محظور ، بل من حيث إنه إحداث الصنعة ،

وللشافعى عطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا . أقول : ليس هذا بسديد، فإن الواو غير موجودة هاهنا فى نسخ الهداية الصحيحة أصلا ، ولو سلم وجودها فالظاهر أنها للابتداء . إذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدى إلى الربا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبى وهو قوله وعند الشافعى يضمنه . وقوله وعن أبى يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ . ولا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شأن صاحب الهداية . ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف اهـ . أقول : ليس هذا بشىء لأن معنى قوله للشافعى أن العين باق أن له فى إثبات مذهبه كذا ، وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطفا على قوله لأنه يؤدى إلى الربا ، إلا أن له فى إثبات مذهب أبى يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف . كيف ولو لزم ماتوهمه من المحذور هاهنا للزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا، إذ لا شك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول . مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ، ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فإنه معطوف قطعا على قوله للشافعى أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علله الشافعى بلا ريب . فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له فى إثبات مذهبه كذا ولنا

باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لأنها تابعة للأصل (كما إذا هبت الريح فى الحنطة وألقتها فى طاحونة فطحنت) فإن الدقيق يكون للمالك الحنطة كذلك هذا . فإن قيل : تمثيل فاسد لأنه تخلل فى صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به . أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فى الأصول أن الفعل المحظور لايصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما إذا عدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لامحالة (وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأرّبها) أى جعلها عضوا عضوا ، فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقوّمة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا (وإحداثها صير) جنس (حق المالك هالكا من وجه) ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد (وحقه) أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ماعرف فى الأصول من قولهم : إذا تعارض ضربا الترجيح كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال ، لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشىّ والطبخ ، لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لأنه محظور . وتقريره أن لهذا الفعل جهتين : جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور ، وجهة إحداث صنعة

أبى يوسف ، هذا خلف ، وليست الواو فى نسختنا موجودة وهو الأصوب (قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه) أقول : قال أكمل الدين : أى حق الغاصب انتهى . لكن الظاهر أن يقول : والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ماوجه العدول (قوله كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول : قوله فى الذات : أى فى الوجود . قوله فى الحال : أى البقاء ، والضمير فى قوله منه راجع إلى الرجحان (قال المصنف : ولا تجعله سببا للملك) أقول : أى لانجعل الصفة بتأويل الفعل ، أو على اعتبار المفعول الثانى (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين : جهة تفويت يد المالك عن المحل) أقول : الأظهر أن يقال : جهة كونه تصرفا فى ملك غيره على سبيل العدول ، وإلا فتفويت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلا الحاصل . إلا أن يقال : يتأكد به ذلك التفويت وكان على شرف السقوط .

بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه . وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان ، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر ، وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله ، رواه الفقيه أبو الليث . ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ؛ ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ،

فى إثبات مذهبنا كذا ، ولا محذور فيه أصلا فاحفظ هذا فإنه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ، وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم ، واسم الشاة بعد الذبح باق لأنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية . فإن قيل : الكلام فيها بعد التأريب ، ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك . أجيب بأنه كذلك ، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لايفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : الجواب المذكور لايدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعى من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتأريبها ، فإنه علل المخالفة بينها وبين مانحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعا أن يقال : الكلام فى الشاة التى ذبحت ثم أربت ، ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تتحقق المخالفة بينها وبين مانحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله ، فلم يصلح ماذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعى . نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعى بما قرر فى الجواب المذكور ، لكنه لايدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ، ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب

متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الأولى . وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة . وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم ، واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية . فإن قيل : الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك . أجيب بأنه كذلك ، إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها ، إذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ ، والتأريب بعد ذلك لايفوّت ماهو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين ، بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك ، وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب ، فإنه إذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم . وأما إذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع ، وكان بالخيار على ماسيجىء لأن عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه . وقوله (لايحل له) ظاهر . وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة ، والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألاترى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمى عن أبى بردة عن أبى موسى رضى الله عنهم « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى ضيافة أنصارى فقدم إليه شاة صلية : أى مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها ، فقال عليه الصلاة والسلام . إنها تخبرنى أنها ذبحت بغير حق ، فقال الأنصارى : كانت شاة أخى ، ولو كانت أعزّ من هذا لم ينفس علىّ بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع ، فقال عليه الصلاة والسلام : أطعموها الأسارى » قال محمد رحمه

(قوله باق كما تقدم) أقول : فى أول الفصل وفى باب الربا أيضا (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول : الظاهر مأروب أو مؤرب .

ولأن فى إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما فى الملك الفاسد . وإذا أدى البدل يباح له ؛ لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضى ، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لايقضى إلا بطلبه . وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه . بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه . وفى الحنطة يزرعها لايتصدق بالفضل عنده خلافا لهما ، وأصله ما تقدم .

(قوله وكذا إذا أدّى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لايقضى إلا بطلبه) فى المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أوضمنه المالك نوع اشتباه ، وعن هذا اختلفت عبارات الشراح فى تفسيرهما . فقال صاحب الكفاية فى شرح قوله أوضمنه الحاكم : يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضى وليا له . أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لأنه لايقضى إلا بطلبه اهـ . واختار تاج الشريعة لاحتمال الأول حيث قال فى بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب . وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال فى تفسير ذلك : يعنى إذا كان مال اليتيم . أقول : يرد على الاحتمال الأول أن قول المصنف فى التعليل لأنه لايقضى إلا بطلبه غير مساعد لذلك . لأن من كان القاضى وليا له لايلزم منه الطلب فى قضاء القاضى له بحقه ، بل قد لايتصوّر منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيرا جدا وكما إذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا . ويرد على الاحتمال الثانى أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدّى بالقضاء يأبى ذلك . إذ حينئذ يلزم التكرار . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن طلب القاضى فى حكم طلب من كان القاضى وليا له لكونه نائبا منابه . فكان القضاء هناك أيضا بطلب المغصوب منه حكما . وعن الثانى بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان بمجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البدل من الغاصب . والمراد بقوله قبيل ذلك ، وكذا إذا أدّى بالقضاء أداء البدل بالقضاء فافترقا ولا تكرار . ثم قال صاحب الكفاية : ومعنى قوله أوضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان اهـ . أقول : يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل وإذا أدّى البدل يباح : يعنى عن هذا المعنى ؛ لأن أداء الغاصب البدل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا . ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان . والمراد بقوله فيما قبل وإذا أدى البدل أداؤه برضاه دون مطلق الأداء وإلا يلزم استدراك قوله وكذا إذا أدى بالقضاء . وأداؤه برضاه إنما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراك . بقى الكلام فى قول صاحب الكفاية أو تراضيا على مقدار من الضمان فإنه يقتضى الاستدراك ، إذ التراضى قد كان معتبرا فى قول المصنف وإذا أدّى البدل يباح كما يدل عليه تعليله هناك بقوله لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضى . ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن المراد ههنا التراضى على مقدار من الضمان : أى على بعض منه ، والمراد فيما تقدم التراضى على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية

الله : يعنى المحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما . بيان أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وثمنه بعد البيع إذا تعذر عليه حفظ عينه ، ولما أمر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء (قوله ولأن فى إباحة الانتفاع) دليل معقول وهو ظاهر . وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذا لو وهبه ، وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لايستلزم الإباحة كما فى الملك الفاسد . وقوله (وإذا أدّى البدل) راجع إلى قوله حتى يؤدى بدلها وكلامه واضح . وقوله (أوضمنه الحاكم) يعنى إذا كان مال اليتيم ، وقوله (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا . وقوله (وأصله ماتقدم) إشارة إلى ماذكر قبل هذا الفصل

قال (وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب ، وقالا : يملكها الغاصب وعليه مثلها) لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ؛ ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لايصلح رأس المال فى المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك . وله أن العين باق من كل وجه ؛ ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلى الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لأنه لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها . قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي : للمالك أخذها ، والوجه من الجانبين قدمناه .

واندفع الاستدراك ، لكن لايخفى على ذى فطرة سليمة أن حمل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضى على مقدار من الضمان مما لايساعده اللفظ جدا ، ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا . وقال تاج الشريعة فى تفسير قوله أو ضمنه المالك : أى طلب المالك من الغاصب الضمان بحل الانتفاع قبل أداء الضمان اهـ . واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : فيه أيضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لايخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة . وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء فلم يزل

من تعليل مسئلة : ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان . قال (وإن غصب فضة أو ذهبا) إذا غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبى حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب . وقالا : يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صير إحداثها حق المالك هالكا من وجه : ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لايصلح رأس المال فى المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك . وفى ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما ، لأنه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ، ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم . ولأبى حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ؛ ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهى الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك ، وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لايصلح الخ . وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لأنه هلك العين بها من وجه . وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ، ومعناه أنها غير متقوّمة فى جميع الأحوال لأنها لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها . وإنما تتقوم عند المقابلة ، بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا ، وذلك لأنا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ، ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة ، فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا ، وإن وجده صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لأنه عاد إليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل ؛ ولا قيمة لها فى الأموال الربوية ، وإذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا تصلح لإبطال حق ثابت من كل وجه (ومن غصب ساجة) بالجيم وهى الخشبة العظيمة ، لأن الساحة بالحاء ستأتى بعد هذا (فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر فى الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة . وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها عنها ، وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت فى قوله وجه آخر لنا فيه (وقال الشافعى رحمه الله : للمالك أخذها ، والوجه من الجانبين قدمناه) يعنى فى أول هذا الفصل بقوله وإذا

(قال المصنف : ومن غصب ساجة) أقول : هو أول مسئلة خالف فيها الشافعى أصحابنا رحمهم الله ، كذا فى يواقيت العلوم للإمام الرازى (قوله فى قوله وجه آخر لنا فيه) أقول : يعنى فى الجواب الذى ذكر فيه عن السؤال .

ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته . ثم قال الكرخى والفقيه أبو جعفر : إنما لاينقض إذا بنى فى حوالى الساجة .

ملك مالكها اه . قال صاحب العناية بعد نقل ما فى الذخيرة : وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت فى قوله وجه آخر لنا فيه اه . أقول : لايذهب على من له ذوق صحيح أنه لايظهر وجه ذلك بالتأمل فى قوله وجه آخر لنا فيه ، لأن حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب إليه الشافعى ضرر من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه ضرر مجبور بالقيمة ، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى . ولا يخفى على ذى فطرة سليمة أنه لافرق فى هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس . إذ لاشك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال ، فلا بد أن يتحمل الثانى لدفع الأول على كل حال عملا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة ، وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة ، فإنما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخفّ وأيسر تحملا وليس فليس . ثم أقول : لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل فى قوله والوجه من الجانبين قدمناه . فإن ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ، ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجة كان البناء غالبا على الساجة فيصح إذ ذاك أن يقال : إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحداثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه ، وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فإنما تكون الساجة غالبة على البناء فليشكل هناك أن يقال : إنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه ، إذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعى رضى الله تعالى عنه إضرارا بالغاصب لأن فيه إبطال حقه . وفيما قلنا إضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة ، فكان فوات حقه كلافوات ، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشىء فيفوت حقه لا إلى خلف ، فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب ، كذا فى غاية البيان . أقول : لقائل أن يقول : يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها ، فإنه لايزول ملك المالك عنها كما سيأتى فى الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضا كما لايخفى . نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما ، لكن الكلام فى انتقاض هذا الوجه المذكور فى مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته) قال فى العناية : فإن قيل : عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك

لتغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ (ووجه آخر لنا فيه) أى فى تعليل هذه المسئلة (أن فيما ذهب إليه) الشافعى (إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته) والسفينة مع من عليها فى لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها ، وإنما قيدنا بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد . فإن قيل : عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لا لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط . قلنا : ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره ، وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين (ثم قال الكرخى والفقيه أبو جعفر رحمهما الله : إنما لاينقض إذا بنى فى حوالى الساجة لأنه غير متعدّ فى البناء ،

(قوله قلنا ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول : أى من العلتين : أعنى التلف وتملك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول : كيف يقاس ذلك ، ولوكان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجة من تحته ، بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فإنها لوكانت لمالك واحد لايباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل .

أما إذا بنى على نفس الساحة ينقض لأنه متعدّ فيه . وجواب الكتاب يردّ ذلك وهو الأصح . قال (ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها ، وكذا الجزور ، وكذا إذا قطع يدها) هذا هو ظاهر الرواية . وجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار

ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط . قلنا : ثبت فى كل واحدة منهما حق المالك وغيره ، وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين اهـ . وردّ عليه بعض الفضلاء بأن قال : كيف يقاس ذلك ، ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساحة من تحته ، بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فإنها لو كانت لمالك واحد لايباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اهـ . أقول : ليس ذلك بشىء إذ لايجب فى صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه فى جميع الأحوال ، بل يكفى اشتراكهما فى العلة التى هى مناط الحكم وهاهنا كذلك فإن العلة فى المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه وهو متحقق فى المقيس أيضا بلا ريب ، على أنه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه ، إذ لايتحقق الغصب هناك ، ولا يكون صاحب البناء متصرفا فى ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا هاهنا ، ولا تتحقق فيه العلة المعتبرة فى المقيس عليه وهى لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير إبطال حقه، فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يردّ ذلك) قال صاحب غاية البيان : ولنا فى قوله وجواب الكتاب يردّ ذلك : أى جواب مختصر القدورى يرد ما قاله الكرخى نظر ، لأن القدورى يروى عن أبى عبد الله الجرجانى عن أبى بكر الرازى عن أبى الحسن الكرخى ، فكيف يردّ مجرد جواب القدورى قول الكرخى وسند روايته إليه . نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بإقامة الدليل ، أما بمجرد الرواية فلا اهـ كلامه . أقول : نظره ساقط ، لأنه إن أراد أن استناد رواية القدورى فى جميع مسائل مختصره أو فى المسئلة التى نحن بصددها إلى الكرخى فهو ممنوع ، كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدورى قال فى شرحه لمختصر الكرخى : وكان أبو الحسن الكرخى يقول : المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوالى الساحة لأنه غير متعد فى البناء على ملكه فلا ينقض . وأما إذا بنى على نفس الساحة ينقض بناؤه لأنه تعدّى فيه . وكان الهندوانى يختار هذا القول . وقد ذكر فى كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه ، والفضة لايسقط حق مالكها فيها بالصياغة ، وإنما أسقطه بكونها تابعة للمزادة ، وهذا لايكون إلا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدّى فدل على أن المسئلة على إطلاقها وأنه لاحق للمالك فى الساحة فى الوجهين . وقال : إلى هنا لفظ القدورى . ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدورى صريح فى أن القدورى لايقبل رواية الكرخى فى هذه المسئلة على التقييد بأن بنى على حوالى الساحة ، ويستدل على إطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى ، فتعين أن رواية القدورى هذه المسئلة بأن قال فبنى عليها لايستند إلى الكرخى ، بل هو فى هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف ، وإن أراد أن استناد رواية القدورى فى أكثر المسائل إلى الكرخى بالطريق المزبور فهو مسلم ، لكن لايجدى ذلك هاهنا شيئا فإن الكلام فى مسئلة الساحة وهو فى روايتها يخالف الكرخى كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها ، وكذا الجزور) وهو ما أعدّ للذبح من الإبل ، من الجزر وهو

وأما إذا بنى على الساحة ينقض لأنه متعدّ فيه) قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعنى قوله فبنى عليها (يردّ ذلك وهو الأصح) قيل : لأنه تغير عما كان عليه ، لأن الساحة قبل البناء عليها تصلح للإحراق تحت القدور ولأبواب الدور وغير ذلك وبعده لاتصلح لشىء من ذلك إلا بالنقض ، والتغير يوجب انقطاع حق المالك . قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره

(قوله وجواب الكتاب ، إلى قوله : قيل لأنه تغير الخ) أقول : قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية فى الساحة بحالها ، غايته أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فإنها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كما نص عليه فليتأمل .

فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش فى الثوب ،

القطع يقع على الذكر والأنثى وهى تؤنث، كذا قالوا : وإنما ذكر الجزور بعد ماذكر الحكم فى الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال : النقصان بالذبح فى الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدرّ والنسل والجزور هى التى أعدت للذبح فلم يكن الدرّ والنسل مطلوبين هاهنا فينبغى أن لايضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لانقصانا ، كما إذا غصب ثوبا فصبغه أحمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ إذا اختار أخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار ، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدرّ والنسل من الاسمان وتبقيتها إلى زمان ليحصل مقاصده منها ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال : وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعدّ للجزر غير مطلوب منه الدرّ والنسل . وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له فى ذلك اهـ كلامه . وردّ عليه بعض الفضلاء قوله وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قال : لامجال لهذا التوهم أصلا لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لايستحق به الأجر . وقال : فالأولى طىّ قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بدله إن ذابحه يجب أن لايكون غاصبا اهـ . أقول : إن قوله لامجال لهذا التوهم أصلا تحكم . وقوله لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لايستحق به الأجر غير مسلم ، فإنه إذا لم يكن متبرّعا لما زاده الصبغ فيما

بغير أمره فالكها بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهوما أعدّ للذبح من الجزر وهو القطع ، وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث أعدّ للجزر غير مطلوب منه للدرّ والنسل ، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له فى ذلك ، وكذلك إذا قطع يدهما : أى يد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية ، بخلاف ما روى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أن لايضمنه شيئا : يعنى فى ذبح الشاة لأن الذبح والسلخ فى الشاة زيادة على مامر . ووجه الظاهر ماذكره أنه إتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الأغراض من الحمل والدرّ والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش فى الثوب على ماسيجىء ولكنه لايعم الجزور بظاهره ، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدرّ والنسل ، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه . قيل : ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة ، فإن حكم مأكوله أيضا كذلك ، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها ، فدل على أنهما فى الحكم سواء . ومن الشارحين من قال : هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما : يعنى فى مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره ردّ ذلك الظاهر . وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول : وكذلك إذا كان غير مأكول اللحم . والثانى أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير

(قوله وإنما خصه لدفع ماعسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول : لامجال لهذا التوهم أصلا ، لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لايستحق به الأجر ، فالأولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ، ويقول بدله : إن ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا (قوله قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول : القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول : إن كان المراد ببعض الشارحين العلامة الإتقانى فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهى النظر ، وإن شئت فراجعه .

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه ، بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع ، لأن الآدمى يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف . قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه) لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه (وإن خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه . قال رضى الله عنه : معناه يترك الثوب عليه : وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم ، ثم إشارة الكتاب إلى

إذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحمر ، بل ضمنه للمالك إذا اختار أخذ الثوب كما سيأتى ، فلم لايجوز أن لايكون متبرعا لما زاده الذبح فيما إذا ذبح جزور غيره ، بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك ، وهذا القدر من القياس إن لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ للتوهم ، فلا بد من دفع ذلك التوهم ، فأشار المصنف إلى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح هاهنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية : قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة ، فإن حكم مأكوله أيضا كذلك ، لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدها على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها ، فدل على أنهما فى الحكم سواء . ومن الشارحين من قال : هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما : يعنى فى مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره ردّ ذلك الظاهر ، وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول : وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم . والثانى أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال فى الأول : إنه إتلاف من وجه ، وفى الثانى : لوجود الاستهلاك من كل وجه ، إلى هنا لفظ العناية اهـ . أقول : القائل بعدم فائدة التقييد بغير مأكول اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية ، وأما المراد بمن قال فى قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان إذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية ، إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا ، فإن عين عبارته هكذا : هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ماذهب إليه صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار ، وقد مرّ من قبل هذا اهـ . ولا يخفى على ذى مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شىء من وجهى نظر صاحب العناية ، لأن مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية مأكول اللحم وغير مأكوله فى الحكم ، وعبارة صاحب الغاية تنادى على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال : هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى قطع الطرف على ماذهب إليه صاحب الهداية تبصر . ثم قال صاحب العناية : والظاهر من كلام المصنف نفى خيار المالك بين

مأكوله حيث قال فى الأول : إنه إتلاف من وجه ، وفى الثانى لوجود الاستهلاك من كل وجه ، والظاهر من كلامه نفى اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها ، ويكون ذلك اختيارا منه ، وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال : وفى المنتقى هشام عن محمد رحمه الله : رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان (قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك) متعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة . وحاصل الفرق بين الآدمى وغيره أن الآدمى بقطع طرف منه لايصير مستهلكا من كل وجه ، بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لاينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك . قال (ومن خرق ثوب غيره) اختلف الناس فى الحدّ الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش ؛ فقال بعضهم : ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش ، وما أوجب دونه فهو يسير . وقال بعضهم : ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش ، وما أوجب دونه فهو يسير . وأشار فى القدورى إلى أن الفاحش مايبطل به عامة المنافع . قيل : معناه أن

أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين و بعض المنفعة ، واليسير مالايفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان ، لأن محمدا جعل فى الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع . قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له

تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وإن كان نقل الكتب على خلافه ، فإنه ذكر فى الذخيرة والمغنى فقال : وفى المنتقى : هشام عن محمد : رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اه كلامه . أقول : لمانع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة ، لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الإمساك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفا من غير مأكول اللحم مقيد بأن كان لما بقى قيمة كما ترى ، ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع الطرف قيمة ، بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لايوجد الاستهلاك من كل وجه فيما إذا كان لما بقى بعد قطع الطرف قيمة . بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه ، وكأن صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال فى شرح قول المصنف : ولوكانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها : أى الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه . أما إذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان ، ونقل مافى

لايبقى للباقى منفعة الثياب بأن لايصلح لثوب ما . قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش مايفوت به بعض العين) قيل يعنى من حيث الظاهر والغالب ، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعنى أن لايبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير مالا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان) يعنى من حيث المالية بسبب فوات الجودة ، وإنما كان ذلك صحيحا دون غيره (لأن محمدا رحمه الله جعل فى الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال : وإذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع ، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ، ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وإن كان لايصلح للقباء وأمثاله . والساقط من القيمة أقل من الربع ، ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا . وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه . وإن خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه . فإنه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه ، فإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق . وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة ، أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ، ووضع المسئلة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام فى الذى يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس . قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لايحتاج إلى شرح ، لكن كان القاضى الإمام أبو على النسفى يحكى عن الكرخى رحمه الله أنه ذكر فى بعض كتبه تفصيلا فقال : إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها . وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها . قالوا : هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال فى لؤلؤة سقطت من يد إنسان فابتلعتها دجاجة إنسان ، ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة ، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وإن شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلوة ، وكذا إذا دخل قرن الشاة فى قدر الباقلانى وتعذر إخراجه ، ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير .

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول : أى يؤمر صاحب الأكثر قيمة بأمر تخييرى ، والضمير فى قوله إلى صاحبه راجع إلى الآخر .

اقلع البناء والغرس وردها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » ولأن ملك صاحب الأرض باق ؛ فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لايتحقق فيها ، ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ؛ كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما . وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه ، إذ لاقرار له فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء ، لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي فى الثوب : لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة

المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق ») صححه فى المغرب بتنوين عرق حيث قال : أى لذى عرق ظالم ، وهو الذى يغرس فى الأرض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظالم الذى هو صفة صاحبه مجازا ، وقد روى بالإضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : فيما ذكر فى المغرب شىء ، وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال : أى لذى عرق ظالم ، وجعل وصف العرق بالظالم تجوزا ثانيا ، وبينهما تنافر لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا لعرق كما قالوا فى قول النبي صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » أن قوله محرم صفة ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير إلى التجوز وجه ، وعن هذا ذكر الزمخشرى فى الفائق ماذكره المطرزى فى المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز ، اللهم إلا أن يكون مرادصاحب المغرب بقوله أى لذى عرق ظالم مجرد تصوير المعنى ، لا أن هناك مضافا محذوفا مقدرا . وقال بعض الفضلاء : ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة اهـ . أقول : هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب ، فإن ذا الذى بمعنى صاحب لايكون إلا مضافا ، ويكون نكرة إن أضيف إلى نكرة ، ومعرفة إن أضيف إلى معرفة . وعن هذا قال الجوهرى فى صحاحه : وأما ذوالذى بمعنى صاحب فلا يكون إلا مضافا ، فإن وصفت به نكرة أضفته إلى نكرة ، وإن وصفت به معرفة أضفته إلى الألف واللام ، ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمر ولا إلى زيد وما أشبهه اهـ . ولا ريب أن المضاف إليه الذى فيما نحن فيه هو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة ، فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة ، وكأن وهمه ذهب إلى ذى التى هى مؤنث ذا من أسماء الإشارة التى هى من أنواع المعارف . ونعم ما قالوا : لكل جواد كبوة ، ولكل صارم نبوة (قوله ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لايتحقق فيها الخ) أقول : لمتوهم أن يتوهم أن قوله فى التعليل والغصب لايتحقق فيها ينافى وضع المسئلة فى الغصب بأن قال : ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى . فالجواب أن المراد بالغصب المذكور فى وضع المسئلة هو معناه اللغوى ، وبالغصب المنفى تحققه فى الأرض فى أثناء

بعد ذلك فى تلف أيهما شاء ، وله أمثال غير ما ذكرنا . وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » صححه فى المغرب بتنوين عرق : أى لذى عرق ظالم ، وهو الذى يغرس فى الأرض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجازا ، وقد روى بالإضافة أى ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه . وقوله (فتقوم الأرض الخ) يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر ، وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعنى

(قوله وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » صححه فى المغرب ، إلى قوله : بل يؤمر بقلعه) أقول : ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة .

بنى فيها لأن التمييز ممكن ، بخلاف السمن فى السويق لأن التمييز متعذر . ولنا مابينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل ، بخلاف الساحة بنى فيها لأن النقض له بعد النقض ؛ أما الصبغ فيتلاشى ، وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ . قال أبو عصمة فى أصل المسئلة : وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لايتملك الصبغ بالقيمة . وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع ويتأتى ، هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه ، وقد ظهر بما ذكرنا لوجه فى السويق ، غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته . وقال فى الأصل : يضمن قيمة السويق ، لأن السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا . وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه ، والصفرة كالحمرة . ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبى حنيفة ، وعندهما زيادة . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان . وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان ؛ وإن كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف فى غير هذا الموضع . ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين ، فعن محمد أنه ينظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة . فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم ، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ .

التعليل هو معناه الشرعى على أصل أئمتنا فلا منافاة . وقال صاحب غاية البيان : قد مرّ فى أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحوّل أن عبارات مشايخنا اختلفت فى غصب الدور والعقار على مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف . فقال بعضهم : يتحقق فيها الغصب ، ولكن لاعلى وجه يوجب الضمان ، وإليه مال القدورى فى قوله وإذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا . وقال بعضهم : لايتحقق فيجاب عنه بأن يقال : لما تصوّر بصورة الغصب سماه غصبا كما فى قوله تعالى ـ إلا إبليس ـ لأنه تصور بصورة الملائكة اه كلامه . أقول : قد مرّ منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا إن الغصب الشرعى يتحقق عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى العقار ، ولو قال ذلك

كما أن فى فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم تتضرر الأرض به ، فكذلك هاهنا لأن فى كل منهما شغل ملك الغير بملكه . وقوله (لأن التمييز ممكن) يعنى بالعصر . وقوله (ولنا ما بينا) يعنى فى مسئلة الساجة بالجم بقوله ووجه آخر لنا . وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لايكون الخيار لصاحب الصبغ : يعنى إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه ، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض . وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافى بينهما ، وتخيير المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له ، والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزى رحمه الله (فى أصل المسئلة) يعنى فى قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر . واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وإن كانت مسئلة الانصباغ كذلك ، لكن وقع من أبى عصمة فى أصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) فى مسئلة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعنى جواب المسئلة وتعليلها (فى السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله ، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته . وقال فى الأصل : يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا . وقيل المراد منه) أى من القيمة (المثل سماه به) أى سمى المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أى لقيام المثل مقام المغصوب ، وذكر الضمير فى منه وبه بتأويل مايقوّم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ) معناه إن نظر إلى ثوب تزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم ، لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة : فالخمسة بالخمسة قصاص ، ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة ، وهذا رواية هشام عن محمد رحمهما الله .

(قوله قال أبو عصمة المروزى) أقول : هو سعد بن معاذ المروزى تلميذ إبراهيم بن يوسف تلميذ أبى يوسف رحمهم الله .

(فصل)

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا . وقال الشافعى : لايملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما فى المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكماله ، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه ، بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر ،

لما صح منه أن يقول لاعلى وجه يوجب الضمان ، فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب فى يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعى لايتخلف عنه عند أحد ، وإنما اغترّ صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب فى العقار . وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوى كما قررناه آنفا ، فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقق الغصب الشرعى فى العقار ، على أنه لو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف فى تعليل ذلك ، والغصب لايتحقق فيها إذ يلزم حينئذ أن لايطابق التعليل المعلل . وأما الجواب الذى ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب فى العقار بأنه لما كان فى صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ، ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوى مندوحة عنه كما لايخفى .

(فصـــل)

لما فرغ من ذكر كيفية مايوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر فى هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين ، كذا فى النهاية ، وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر . أقول : فيه كلام وهو أن المذكور فى الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال : فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله : وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ، ولو سلم ذلك كان ينبغى أن يذكر فى الفصل السابق ما ذكر فى صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعى : لايملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما فى المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكماله ، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف : وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن

(فصـــل)

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع فى ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب . قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالمالك بالخيار ، إن شاء صبر إلى أن توجد ، وإن شاء ضمنه قيمتها ، فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعى رحمه الله . قال (الغصب عدوان محض ، وما هو كذلك لايصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فإنه لايملكه بالاتفاق (ولنا أن المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله) يعنى يدا ورقبة ، وكل من ملك بدل شىء خرج المبدل عن ملكه فى مقابلته ودخل فى ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل ، لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك ، وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعى بذلك مناسبا وهو مذهب القاضى أبى زيد رحمه الله ، فإنه قال فى الأسرار : قال علماؤنا رحمهم الله : الغصب يفيد الملك فى المغصوب عند القضاء

(فصـــل)

(قوله لما فرغ من كيفية) أقول : الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول : أىّ بعمل الغاصب (قوله فإنه لايملكه بالاتفاق) أقول : لكن التعليل مختلف ، فعند الشافعى لأن الغصب لايصلح أن يكون سبب الملك ، وعندنا لأن المدبر لا يقبل النقل كما يجىء (قال المصنف : والمبدل قابل للنقل) أقول : قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله وإلا لم يكن تعليل الشافعى بذلك مناسبا)

نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن . قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأن المالك يدعى الزيادة وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لأنه أثبته بالحجة الملزمة .

تعليل الشافعي بذلك مناسبا اه . وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإن عدم مناسبته لايهمنا . غايته أن يكون وجها آخر لنا فى الجواب اه . أقول : كيف لايهمنا عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا فى هذه المسئلة ، وتزييف دليل خصمنا مما يهمنا لامحالة ، فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغى على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليتزيف به دليله . فإن قيل : قد استغنى المصنف عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكماله الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجها آخر لنا فى الجواب . قلنا : ماذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لايصلح جوابا آخر عما قاله الشافعي ، ولا يندفع به إشكال أن يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي فى تعليله . فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا فى الجواب عما قاله الخصم ، فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلى القاطع عند إمكان التشبث به بمثل ماذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفى الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى ، فصح ما ذهب إليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف هاهنا يشير إلى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضى أبو زيد فى الأسرار حيث قال : قال علماؤنا : الغصب يفيد الملك فى المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضى عليه (قوله إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فإن عجز المالك عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب والغاصب بينة تشهد

بالضمان أو التراضى . قال شمس الأئمة رحمه الله فى المبسوط : وهذا وهم ، فإن الملك لايثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لايسلم له الولد ، ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا فى هذه العبارة بعض الشنعة . فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه ، فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا له ، فإنه ترغيب للناس فيه لتحصيل ماهو مرغوب لهم به ، ولا يجوز إضافة مثله إلى الشرع . وقيل فيه نظر لأنه لاإيراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد ، والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره فى ثبوت الزيادة المنفصلة . وقوله (نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال : لانسلم أن المدبر لايقبل النقل ، فإن مولاه لو باعه وحكم القاضى بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير . وتقريره القول بالموجب : يعنى نعم هو كذلك ، لكن هو فى ضمن قضاء القاضى فى الفصل المجتهد فيه ، فحينئذ كان البيع مصادفا للقن لاللمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق ، وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه . قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) إذا اختلفا فى قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه (إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لأنه أثبته بالحجة الملزمة) فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته ، بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفى الزيادة ، والبينة على النفى لاتقبل . وقال بعض مشايخنا رحمهم الله : ينبغى أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ، ولو أقام البينة على ذلك قبلت . وكان القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله يقول : هذه المسئلة عدت مشكلة . ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح ، لأن المودع ليس عليه إلا اليمين ، وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة . وأما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة ، وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون فى معنى الوديعة . وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من

أقول : فيه بحث ، فإن عدم مناسبته لايهمنا ، غايته أن يكون وجها آخر لنا فى الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله بل بطريق الاستناد ، والثابت به ثابت من وجه دون وجه ، فلا يظهر أثره فى ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول : وكذلك فى البيع الموقوف يملكه مستندا كما مر فى البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة (قوله فلا يكون فى معنى المودع) أقول : ينظر فإن الغاصب مدع صورة

قال (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . قال (فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض) لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخى رحمه الله أنه لا خيار له ، لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له مايدعيه والخيار لفوات الرضا . قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه . وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ، ولهذا يظهر فى حق الأكساب دون الأولاد ، والناقص يكفى لنفود البيع دون

بقيمة المغصوب لم تقبل بينته ، بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفى الزيادة ، والبينة على النفى لاتقبل . وقال بعض مشايخنا : ينبغى أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ، ولو أقام البينة على ذلك قبلت ، وكان القاضى أبو على النسفى يقول : هذه المسئلة عدت مشكلة . ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة ، وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين ، وبإقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة . وأما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة . وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون فى معنى المودع ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : فيما ذكروا من وجه الفرق نظر ، فإنه إنما يفيد أن لايكون الغاصب فى هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين

قال : ذكر أوصاف المغصوب فى دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الأصح . قال محمد رحمه الله فى الأصل : إذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجىء بها ويردها على صاحبها . قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : ينبغى أن تحفظ هذه المسئلة ، لأنه قال : أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها ، وإنما كان ذلك أصح لأجل الضرورة ، فإن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة ، وحين يغصب إنما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب ، فسقط اعتبار علمهم بالأوصاف لأجل التعذر ، ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم ، فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس حتى يجىء به ، وعلى هذا لايحتاج إلى تأويل أبى بكر الأعمش ، وهو ما قال : تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك ، فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب ، لأن المقصود إثبات الملك للمدعى فى المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن (فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فإما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا ، فإن كان الأول كما لو ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب ، لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار . وإن كان الثانى كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض ، لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة ، فإن قيل : أخذه القيمة وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الأولى . أجاب بقوله (وأخذه دونها) أى أخذ المالك ما دون الزيادة لايدل على تمام الرضا . لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهى عدم الحجة فلا يدل على رضاه ، بخلاف المسئلة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الأخير) يعنى ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه (فكذلك الجواب) أى فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض (فى ظاهر الرواية) وقال الكرخى رحمه الله : لا خيار له فى استردادها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله (وهو) أى ظاهر الرواية (الأصح) لأنه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة ، وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار . قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن

ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينة مدعى الثمن الناقص إذا اختلفا فى ثمن السلعة كما مر فى الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الأصح)

العتق كملك المكاتب . قال (وولد المغصوبة ونماؤها ، وثمرة البستان المغصوب أمانة فى يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه ، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه) وقال الشافعى : زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب ، وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ، كما فى الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت فى يده يكون مضمونا عليه . ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرنا ، ويد المالك ماكانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب .

وهذا لاينافى صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة فى قبول البينة لإسقاط اليمين ، لأن الاتحاد بينهما فى هذه الجهة كاف فى صحة القياس ، ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب ، لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة البينة على الأكثر إنما هو على الأقل الذى كان معترفا به ، وليس مقصوده من إقامة البينةعليه إلا مجرد إسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه ، وإذا حصل له هذه الفائدة صار فى معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضى أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فإنه لافرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب وولدت ، والرواية فى الأسرار . وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال ، بل يعد عيبا فى الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا فى العناية وكثير من الشروح . أقول : فى الجواب بحث ، لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح إعتاقه وتدبيره ، إذ الظاهر أن محل الإعتاق والتدبير لايكون إلا مالا مملوكا ، وقد تقرر فى محله أنه يصح إعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا . ولئن سلم أن محل الإعتاق والتدبير لايلزم أن يكون مالا بل يكفى أن يكون ملكا ، وأن الملك يجوز أن يتحقق فى غير المال أيضا . فالجواب المذكور لايصلح عبارة الكتاب ، لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا ، لا أن يد المالك ماكانت ثابتة عليه ، وقد قال فى الكتاب : ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ، ولا شك أن هذه العبارة لاتتناول ما إذا غصب الجارية حاملا مع أنه لايضمن الزيادة فى هاتيك الصورة أيضا كما ذكر فى الأسرار ، فلم يندفع ورود

ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ، وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد ولهذا يظهر فى حق الأكساب دون الأولاد على ماذكر ، والناقص يكفى لنفوذ البيع دون الإعتاق بالنص كملك المكاتب فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه ، وقيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن إعتاق المشترى من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين : فى رواية يصح إعتاقه ، وهو الأصح قياسا على الوقف . وفى رواية لايصح وقد تقدم فى بيع الفضولى (وولد المغصوبة ونماؤها) كالسمن والجمال (وثمرة البستان المغصوب أمانة فى يد الغاصب لاتضمن إلا بالتعدى أو بالجحود عند طلب المالك) والأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه فى شىء حتى تضمن بالتعدى لما أنها عوض عن منافع المغصوب ، ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعى رحمه الله : زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود فى هذه الصورة . فكان كالظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت فى يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان فى حق الأم وإن لم يكن هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرنا) فى أول كتاب الغصب ، وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب . واعترض بأن هذا يقتضى أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا ، لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فإنه لافرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب وولدت ، والرواية فى الأسرار . وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا فى الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير ،

أقول : فيه تأمل (قوله دون الإعتاق بالنص) أقول : قال النبى عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم »

ولـو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهرعدم المنع ،حتى لومنع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيـه كـما قال فى الكتاب : وذلك بأن أتلفه أو ذبحـه وأكله أو باعه وسلمه . وفى الظبية المخرجة لايضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع ، وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع . على هذا أكثر مشايخنا . ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ؛

الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لايخفى (قوله ولواعتبرت ثابتة على الولد لايزيلها إذ الظاهر عدم المنع) أقول : هذا إنما يتم فيما إذا غصب الجارية غير حامل فحبلت فى يد الغاصب . وأما فيما إذا غصبها حاملا فلا ، لأن الولد فى هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان إزالة يد المالك عن أمه مستلزما لإزالتها عنه أيضا ضرورة استلزام إزالة اليد عن الكل إزالتها عن أجزائه ، فلا يتصور إذ ذاك أن يقال : ولو اعتبرت ثابتة على الولد لايزيلها ، ولا يصح التعليل بأن يقال : إذ الظاهر عدم المنع ، لأن منع الكل بإزالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا ، وقد صرحوا بأنه لافرق بين ما إذا غصبها حاملا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب فى كون الولد غير مضمون عندنا ، فكان التعليل المذكور قاصرا عن إفادة تمام المسئلة . قال صاحب العناية : وعورض بأن الأم مضمونة البتة ، والأوصاف القارة فى الأمهات تسرى إلى الأولاد كالحرية والرق والملك فى الشراء . وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة فى الأم بل هو لزوم حق فى ذمة الغاصب فإن وصف به المال كان مجازا اهـ كلامه . وقد سبقه إلى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية . أقول : فى الجواب نظر ، لأن الضمان مصدر للفعل المتعدى ، يقال : ضمنه ضمانا ، ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل ، وبهذا الاعتبار يصير وصفا له

سلمنا ذلك ، لكن لا إزالة ثمة ظاهرا ، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب ، حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال فى الكتاب ، وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه ، وإنما ذكر التسليم لأن التعدى لايتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فإن تفويت يده يحصل به لأنه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم . وعورض بأن الأم مضمونة البتة ، والأوصاف القارة فى الأمهات تسرى إلى الأولاد كالحرية والرق والملك فى الشراء . وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة فى الأم بل هو لزوم حق فى ذمة الغاصب ، فإن وصف به المال كان مجازا . فإن قيل : قد وجد الضمان فى مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب ، والملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يدا ، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا فى حق الولد ، ويضمن الأموال بالإتلاف تسبيبا كحفر البئر فى غير الملك ، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب أن ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة ، وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفى الظبية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كما فى الظبية المخرجة من الحرم . ووجه ذلك أن القياس غير صحيح ، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد لأنه لاضمان فيه عندنا لعدم المنع ، وإن قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لأن الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لاباعتبار أن الأم مضمونة ، وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (وإذا أطلق) يعنى لو قيل بوجوب الضمان فى ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده (فهو ضمان جناية) أى إتلاف لأن صيد الحرم وزوائده كان

(قوله سلمنا ذلك ، لكن لاإزالة ثمة ظاهرا) أقول : فيه بحث ، فإن الإزالة عن الكل إزالة عن الجزء (قوله فإن تفويت يده يحصل به) أقول : فإن قيل : ماكانت يده ثابتة حتى يفوت . قلنا : فرق بين التفويت والإزالة ، فالأول لايقتضى الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة فى الأم ، بل هو لزوم حق الخ) أقول : فيه تأمل (قوله والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد) أقول : فإن ولد المغرور حر بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول : فيه تأمل ، إذ حينئذ لايستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كما فى مسئلتنا ، مع أن المسئلتين الأوليين دلتا على أن مجرد إثبات اليد كاف فى الضمان .

ولهذا يتكرّر بتكرّرها ، ويجب بالإعانة والإشارة ، فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى . قال (وما نقصت الجارية بالولادة فى ضمان الغاصب ، فإن كان فى قيمة الولد وفاء به انجبر

وتعلق بالمفعول به ، وبهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا . وقد صرح به المحقق التفتازانى فى التلويح فى فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال : إن الفعل المتعدى محتاج إلى المفعول به فى التعقل والوجود جميعا ، وإلى المفعول فيه فى الوجود فقط . وقال : وله تعلق بالفاعل ، وبهذا الاعتبار هو وصف له ،وتعلق بالمفعول به ، وبهذا الاعتبار هو وصف له . وقال : ولا امتناع فى قيام الإضافيات بالمضافين . وردّ به قول صاحب الكشف إن الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين ، فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون . فقول هؤلاء الشراح فإن وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا . وقال صاحب العناية : فإن قيل : قد وجد الضمان فى مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب . وكالملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يدا ، والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا فى حق الولد ، ويضمن الأموال بالإتلاف تسببا كحفر البئر فى غير الملك وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب أنا ما قلنا إن الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة . وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا . إلى هنا كلامه . أقول : هذا الجواب ليس بتام لأنه إنما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان فى الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها . وأما إذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة فى الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق فى زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ،ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق فى الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن . فالأولى فى السؤال والجواب ما فصل فى النهاية ومعراج الدراية ، فإن شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرّر بتكرّرها) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المحل : أى يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية ،فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فى الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ، كذا وجدت بخط شيخى ، ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التى هى الإخراج من الحرم ، وهذا أولى لأنه أوفق لرواية المبسوط فى المناسك حيث جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال

آمنا فى الحرم صيدا ، وذلك فى بعده عن أيدينا ، فالوقوع فى أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع فى أيدينا (ولهذا يتكرّر) الجزاء (بتكرر هذه الجناية) فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ، ويجوز أن يكون معناه يتكرّر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التى هى الإخراج من الحرم (قوله ويجب) يعنى الضمان (بالإعانة والإشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) مانقصت الجارية بسبب الولادة فى يد الغاصب فهو فى ضمان الغاصب ، فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه ردّ الجارية وردّ نقصان الولادة بالذى ثبت فيها بسبب الولادة ، لأن الجارية بالغصب دخلت فى ضمانه بجميع أجزائها ، وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كما لو فات كلها ، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا . وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لاينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه ، كما فى ولد الظبية المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها وقيمة

(قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول : الأولى أن يقول بتكرر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده (قوله معناه يتكرر وجوب الإرسال) أقول : وعلى هذا يلزم فك الضمائر (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذى ثبت فيها بسبب الولادة) أقول : قوله الذى صفة

النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي : لاينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما فى ولد الظبية ، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أوماتت الأم وبالولد وفاء ، وصاركما إذا جزّ صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أوعلمه الحرفة فأضناه التعليم . ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد ، وهو الولادة أو العلوق على ما عرف .

المغصوب إلى يد المغصوب منه . وفى الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لايجب الضمان على الغاصب من شىء ولكن يتكرّر وجوب الرد إلى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا ، إلى هنا لفظ النهاية . واقتفى أثره أكثر الشراح فى تجويز المعنيين المذكورين هاهنا ، ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثانى على الأول ، ومنهم صاحب العناية حيث قال فى شرح هذا المحل : ولهذا يتكرر الجزاء بتكرّر هذه الجناية فإنه لو أدّى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ، ويجوز أن يكون معناه يتكرّر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التى هى الإخراج من الحرم اهـ كلامه. أقول : لاجواز عندى للمعنى الثانى هاهنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الأولى كما زعم صاحب النهاية : فإن قول المصنف يتكرّر بتكرّرها متفرع على قوله فهو ضمان جناية كما ترى ؛ ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرّر بتكرّرها على المعنى الثانى ، لأن تكرّر وجوب الإرسال بتكرّر الإخراج من الحرم لايكون أمارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جنايته لاضمان غصب فإن تكرر وجوب الإرسال بتكرر الإخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لايخفى ، بل رواية المبسوط فى المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال : جعل هناك إيصال صيد الحرم إلى الحرم بمنزلة إيصال المغصوب إلى يد المغصوب منه ، وفى الغصب إذا وصل المغصوب إلى المالك كما غصب لايجب الضمان على الغاصب من شىء ، ولكن يتكرّر وجوب الردّ إلى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا اهـ تدبر تقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف) ذهبت جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية إلى أن قول المصنف على ماعرف إشارة إلى مايجىء فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها ، وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان إلى أنه إشارة إلى ما ذكر فى طريقة الخلاف . واختار صاحب العناية الثانى ، وذكر الأول أيضا بطريق النقل حيث قال : يعنى فى طريقة الخلاف ، وقيل فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها على مايجىء اهـ . أقول : لامجال عندى للحمل على الأول أصلا ، لأن المراد بالسبب هاهنا سبب الزيادة والنقصان ، وبما يجىء فى مسئلة من غصب جارية فزنى بها

ولدها تساوى ذلك النقصان فإنه لاينجبر بها ، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم ، وكما إذا هلك الولد قبل الردّ أو ماتت الأم وبقيمة الولد وفاء ، وكما إذا جزّ صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر ، أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها ، أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء ، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لاينجبر الصوف بالصوف ، والقوائم بالقوائم ، ولا مانقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه . ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد ، وهو الولادة عندهما والعلوق عند أبى حنيفة رحمه الله على ماعرف ذلك يعنى فى طريقة الخلاف . وقيل فى مسئلة من غصب جارية وزنى بها على مايجىء ، وعند ذلك لايعدّ النقصان نقصانا لأن السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان ، كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن فى ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شىء بمثل قيمته فقضى القاضى به ثم رجعا لم يضمنا شيئا ، وهذا لأن الفوات إلى خلف

النقصان ، وضمير فيها راجع إلى الجارية ، وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول :قوله بما زاد متعلق بقوله لاينجبر .

وعند ذلك لايعدّ نقصانا فلا يوجب ضمانا ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب فى يده وأخذ أرشها وأدّاه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ، وولد الظبية ممنوع ، وكذا إذا ماتت الأم . وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم . إذ الولادة لاتفضى إليه غالبا . وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الردّ لأنه لابد من رد أصله للبراءة ، فكذا لابد من رد خلفه . والخصاء لايعدّ زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ؛ ولا اتحاد فى السبب فيما وراء ذلك من المسائل . لأن سبب النقصان القطع

سبب الموت ، ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لايصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة . حتى يصح حوالة معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى إلى قول المصنف فيما سيأتى وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لاتفضى إليه غالبا اه . فإن ذلك صريح فى أن الولادة لاتكون سببا لموت الأم . ويعلم منه دلالة أن العلوق أيضا لايكون سببا له لأن إفضاءه إلى الموت أبعد من إفضاء الولادة إليه كما لايخفى . مع أنه حكم هاهنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق . ثم إن المعروف فى الحوالة على مايجىء أن يقال على مايجىء أو على ما سيعرف بصيغة المضارع . وأما أن يقال فى مثل ذلك على ماعرف فلم يعرف قط . فالوجه هو الحمل على ماعرف فى طريقة الخلاف لاغير (قوله وعند ذلك لايعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لأن السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان . كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن فى ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب ، حتى أن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شىء بمثل قيمته فقضى القاضى به ثم رجعا لم يضمنا شيئا ، وهذا لأن الفوات إلى خلف كلا فوات ، كذا فى الشروح . واعترض بأنه لم يخرج جواب للخصم عن أصل دليله . وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابرا لنقصان وقع فى ملكه بل هو على حاله . وأجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لايعدّ نقصانا ، فإنه إذا لم يعدّ نقصانا لم يحتج إلى جابر . فإطلاق الجابر عليه توسع ، هذا زبدة مافى النهاية والعناية . أقول : الجواب منظور فيه ، فإن النقصان أمر محقق لامجال لإنكار وقوعه ، إذ وضع مسئلتنا فيما إذا انتقصت الجارية بالولادة ، ولا يرى وجه لأن لايعدّ ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التى هى الولد ، كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة فى شرح قول المصنف وعند ذلك لايعد نقصانا كما مرّ . ويدل عليه قوله فى أصل المسئلة فإن كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ، ولو كان إطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لأن يعدّ نقصان المغصوب الواقع فى يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان فى سائر المواضع ، وأن لايعدّ نقصانه الواقع فى يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتا . وحاشا لأئمتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول : لقائل أن يقول : لااتحاد

كلافوات ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب فى يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما . وتقريره لانسلم أن نقصان الظبية بالولادة لاينجبر بقيمة الولد . وكذا لانسلم أن الأم إذا ماتت لاتنجبر قيمتها بقيمة أم الولد إذا كان فيها وفاء ، وهذا المنع على غير ظاهر الرواية . وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحدا وهاهنا ليس كذلك ، فإن الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم إذ لاتفضى إليه غالبا. وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه رواية أخرى ، وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم لأن الولادة لاتوجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد ّ القيمة كرد العين ، ولو ردّ عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا إذا رد قيمتها (وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما إذا هلك الولد قبل الردّ . ووجهه أن

(قال المصنف : أو سقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول : قال الزيلعى : أو قلعها الغاصب فنبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانها عنه اه . وفيه

والجزء ، وسبب الزيادة النمو ، وسبب النقصان التعليم ، والزيادة سببها الفهم : قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت فى نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ، ولا ضمان عليه فى الحرة ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : لايضمن فى الأمة أيضا) لهما أن الرد قد صح ، والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك وهو الولادة

فى السبب فى هاتين الصورتين ، إذ لاشك أن سبب النقصان وهو الهزال فى الصورة الأولى وسقوط الثنية فى الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهى السمن فى الأولى ونبت الثنية فى الثانية . وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد فى السبب فى المقيس عليه فكيف تشبث هاهنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد فى السبب فيها أيضا . ثم أقول فى الجواب : إن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده إنما يؤثر فى قدح القياس فى عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم ، إذ لايلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده ، إذ يمكن عند اتحاده أن لايعد النقصان نقصانا كما ذكروه ، بخلاف عدم اتحاده ، إذ لاوجه عنده أصلا لئلا يعد النقصان نقصانا ، ولا يقدح ذلك الفرق فى القياس فى سقوط الضمان كما هو مدعانا ، لأنه إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لايعد النقصان هناك نقصانا فلأن يسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لايعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لايخفى فتدبر ، فإنه وجه لطيف فى الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه وبيانه . وقال بعض الفضلاء : والفرق أن الثنية لاقيمة لها بخلاف القوائم والصوف اهـ . أقول : ليس هذا بشىء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب ، والكلام فى نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه (قوله والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك وهو الولادة)

كلامنا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد ، وإذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به ، والخصاء لايعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار فى الشرع ، وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر فى الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع . فإن قيل : المذكور جواب المستشهد بها ، وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابرا لنقصان وقع فى ملكه فهو على حاله . أجيب بأن المصنف رحمه الله أشار إلى جوابه بقوله لايعد نقصانا ، وإذا لم يكن نقصانا لم يحتج إلى جابر ، فإطلاق الجابر عليه توسع فى العبارة . فإن قيل : لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقى ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد . أجيب بأنه ملك المولى لامحالة ، ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات ، فإذا ارتفع النقصان بطلت الخلفية وبقى فى ملك المولى . فإن قيل : الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون ؟ فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصانا لاتضمينه ، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثانى أيضا ، فلله در المصنف ما ألطفه ذهنا ، جزاه الله عن المحصلين خيرا . قال (ومن غصب جارية فزنى بها) قال فى الجامع الصغير : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يغصب الجارية فيزنى بها ثم يردها فتحبل فتموت فى نفاسها ، قال : هو ضامن لقيمتها يوم علقت ، وليس عليه فى الحرة ضمان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لاضمان عليه فى الأمة أيضا إذا ماتت فى نفاسها بعد ما يردها ، وتابعه المصنف فى قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ، ووقع فى عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد لبيان أن الحبل كان موجودا وقت الرد ، قال : الرد قد صح لأنه أوصل الحق إلى المستحق ، وصحته توجب البراءة عن الضمان . فإن قيل : لانسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده . أجاب بقوله (والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك وهو الولادة) لابسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لايوجب الضمان على الغاصب

أن السبب ليس بمتحد ، والفرق أن الثنية لاقيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لايعد نقصانا الخ) أقول : ويجوز أن يجاب بالمنع فإنه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق ، وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشترى ماله بماله ، وقد مر تفصيله فى باب المرابحة والتولية فراجعه (قوله لما بقى ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول : فيه بحث (قوله بضمان الغاصب) أقول : أى على مذهب زفر والشافعى (قوله بل هو بدل من حيث الذات) قول : فيه بحث .

فلا يضمن الغاصب ¤ كما إذا حمت فى يد الغاصب ثم ردها فهلكت ، أو زنت فى يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه ، وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشترى وماتت فى نفاسها لايرجع على البائع بالثمن . وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردّت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذى أخذ فلم يصح الرد ، وصار كما إذا جنت فى يد الغاصب جناية فقتلت بها فى يد المالك ، أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا ، بخلاف الحرة لأنها لاتضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد . وفى فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم ، وما ذكرنا شرط صحة الرد . والزنا سبب لجلد مؤلم لاجارح ولا متلف فلم يوجد السبب فى يد الغاصب . قال (ولا يضمن الغاصب منافع ماغصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان

أقول : يرد عليه فى الظاهر أنه جعل الولادة هاهنا سببا للهلاك ، وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب للموت حيث قال : وتخريج

(كما إذا حمت فى يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت فى يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه ، وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع) ولم يعلم المشترى بالحبل (فولدت عند المشترى وماتت فى نفاسها لايرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الردّ لم يكن صحيحا ، لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذى أخذ ولم يوجد هاهنا ، فإنه غصبها و ما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك (فصار كما إذا جنت فى يد الغاصب فقتلت بها فى يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا . بخلاف الحرة) إذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت فى نفاسها (لأنها لاتضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لايضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الردّ بكونها حبلى (قوله وفى فصل الشراء) جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق ، وهو أن فى فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم : أى تسليم المبيع على الوجه الذى وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه ، وموتها بالنفاس لايعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الردّ على الوجه الذى أخذه عليه (شرط لصحة الردّ) ولم يوجد فكان تمثيل مالم يوجد بشرطه على ما وجد بشرط وهو تمثيل فاسد . قيل : وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لاتدخل فى الشراء ولهذا لايقابلها شيء من الثمن ، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذى هو مال متقوّم وقد وجد ، فلا يرجع المشترى عليه بالهلاك فى يده . وأما الغصب فالأوصاف داخلة فيه ، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت فى يد الغاصب وردّها كذلك فإنه يضمن النقصان . وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الردّ بدونها ردا فاسدا . وأما إذا حمت فى يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ، ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت فى يد الغاصب أو حدثت فى يد المالك أو مركبة منهما فلا يضاف إلى سبب قائم فى يد الغاصب بالشك (قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت فى يده الخ . وتقريره أن الزنا الذى وجد فى يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم لاالجارح ولا المتلف ، ولما جلدت فى يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب فى يد الغاصب فلا يضمن . قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة ، لكن إن نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان . وقال الشافعى رحمه الله : مضمونة بأجر المثل ولا فرق فى المذهبين بين التعطيل والاستعمال ، وربما سمى الأول غصبا والثانى إتلافا فى شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده .

(قال المصنف وردت وفيها ذلك) أقول : لايخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق آنفا من وجه الرواية الظاهرة من الإمام أن الولادة ليست بسبب لموت الأم فتأمل فى دفعها (قال المصنف : وفى فصل الشراء الواجب الخ) أقول : قال الزيلعى : وفى فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى . وأنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى . وفيه تأمل (قوله أى تسليم المبيع على الوجه الذى وقع عليه العقد الخ) أقول : يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله إذ الأوصاف لاتدخل فى الشراء) أقول : فيه بحث ، فإنه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحمى والضعف) أقول : أى ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول : فيه بحث .

وقال الشافعي : يضمنها ، فيجب أجر المثل ، ولا فرق فى المذهبين بين ما إذا عطلها أو سكنها . وقال مالك: إن سكنها يجب أجر المثل ، وإن عطلها لاشىء عليه . له أن المنافع أموال متقوّمة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب. ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فى إمكانه إذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك لأنها أعراض لاتبقى فيملكها دفعا لحاجته . والإنسان لايضمن ملكه ، كيف وأنه لايتحقق

الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم ، إذ لاتفضى إليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل فى التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فى إمكانه ، إذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك لأنها أعراض لاتبقى فيملكها دفعا لحاجته والإنسان لايضمن ملكه) لقائل أن يقول : مقتضى هذا الدليل أن لاتجب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع فى يده كما فى استئجار الدور والأراضى والدوابّ ونحوها ، لأن الإنسان كما لايضمن ملكه لايجب عليه الأجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الأجرة فى ذلك بالإجماع ، ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الإشكال مع ظهور وروده إلا صاحب غاية البيان فإنه قال : والجواب عن مسئلة الإيجار . قلنا : لاتجب الأجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لأنه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع إلا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول إلى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة إلى المنفعة حكم المنفعة فى حق وجوب الأجرة باعتبار الحاجة اهـ . أقول : هذا الجواب وإن كان يصلح أن يكون مخلصا هاهنا إلا أنه يستدعى ترك ظاهر كثير مما ذكروا فى كتاب الإجارات ، كقولهم الإجارة تمليك المنافع بعوض ، وقولهم والقياس يأبى جوازها ، لأن المعقود عليه المنفعة وهى معدومة . وقولهم وتنعقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضى التساوى والملك فى المنفعة التى هى المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا فى بدلها وهو الأجرة ، وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة فى حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر فى حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ، إلى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الأجرة بمقابلة المنافع ، ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف . ثم أقول : الأولى فى الجواب عندى أن يقال : اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع فى يده إنما هو على موجب القياس ، وقد تقرّر فى أول كتاب الإجارات أن القياس يأبى جوازها ، إلا أنها جوّزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس إليها ، وأن جوازها عندنا باعتبار إقامة العين التى هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام

وفصل مالك رحمه الله قال : إن سكنها فكما قال الشافعى وإن عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله (للشافعى رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الآدمى خلق لمصلحة الآدمى ويجرى فيه الشحّ والضنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا بالغصوب) لأن العقد لايجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لأنها حدثت فى إمكانه) أى تصرفه وقدرته وكسبه (إذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك لأنها أعراض لاتبقى) وما حدث فى إمكان الرجل فهو فى ملكه دفعا لحاجته ، فإن الملك لم يثبت للعبد إلا دفعا لحاجته إلى إقامة التكاليف ، فالمنافع حاصلة فى ملك الرجل والإنسان لايضمن ملك نفسه . ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لايتحقق غصبها وإتلافها وكيف يتحقق ذلك وإنه لابقاء لها ، ولئن سلمنا تحقق غصبها وإتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لاتماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان . واعترض بما إذا أتلف مايسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التى تبقى، فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة ، وبما إذا استأجر الوصيّ لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فإنه جائز لامحالة ، ولو كان ماذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لايجوز إلا بالوجه الأحسن . وأجيب عن الأول بأن المماثلة المعتبرة هى ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى ، فكان السؤال غير وارد ، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز

(قوله لأنها أعراض لاتبقى) أقول : وإن بقيت لاتضمن أيضا لأنها ترد مع أصلها (قوله وما حدث فى إمكان الرجل فهو فى ملكه الخ) أقول : الكبرى محتاجة إلى البيان (قوله وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لابين جوهر وعرض) أقول : ويعضده أن الأجسام متماثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة ، ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز الخ) .

غصبها وإتلافها لأنه لابقاء لها ، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ،

المنفعة فى حق صحة الإيجاب والقبول ، فيجوز فى الإجارة أن يجب الأجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التى حصلت على ملكه بحدوثها فى يده إذا وقع التراضى عليه باعتبار إقامة العين التى هى ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص ، بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لاتماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان) أقول : لقائل أن يقول : هذا الدليل إنما يدل على أن منافع المغصوب لاتضمن بالأعيان لعدم المماثلة بينهما ، ولا يدل على أنها لاتضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب . ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالإجماع ، فكأنه لم يتعرض لنفى هذا الاحتمال لظهوره ، يرشد إلى ذلك تقرير صاحب الكافى هذا الدليل حيث قال : ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها ، لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فإما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد ، أو بالأعيان وهو باطل أيضا لأنها لاتماثل الأعيان ، لأن المنافع أعراض لاتبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا . وبين ما يبقى وما لايبقى تفاوت عظيم . وضمان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والإجماع ، ويرشد إليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال : ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لايخلو إما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع ، أو بغيرها من الأعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالأمثال وهى المنافع لأنه لا قائل بذلك ، ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة ، والمماثلة شرط فى ضمان العدوان بقوله تعالى ـ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ اهـ . قال صاحب العناية : واعترض بما إذا أتلف مايسرع إليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التى تبقى . فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة . وبما إذا استأجر الوصىّ لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فإنه جائز لامحالة ، ولوكان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لايجوز إلا بالوجه الأحسن . وأجيب عن الوجه الأول بأن المماثلة المعتبرة هى ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى . فكان السؤال غير وارد ، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض . ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر ، وعن الثانى بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصى مع وجود التفاوت كما ذكرنا ، فدل على أن القربان بالأحسن فى مال اليتيم هو ما لايعد عيبا فى التصرفات اهـ كلامه . أقول : فيما ذكره فى كل من الجوابين شىء . أما فى الأول فلأن تنويره بقوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح ، لأن جواز نوع من التفاوت بين البدلين فى البيع لايدل على جواز ذلك فى ضمان العدوان ، لأن للعقد والرضا تأثيرا فى تجويز كثير من التفاوت ، وعن هذا قالوا : يجوز بيع عبد قيمته ألف بألوف ولا يجوز ذلك التفاوت فى ضمان العدوان قطعا ، ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة فى ضمان العدوان لاتتصوّر بين جوهر وعرض كما صرحا به . وأما فى الثانى فلأن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصىّ لايدل على جواز استئجار الوصى لليتيم مايحتاج إليه بدراهمه ، لأن التفاوت فى الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش ، والتفاوت فى الثانى بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ، ولا شك أن جواز تصرف الوصىّ فى مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لايدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ، ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذى بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة فى ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذى بين جوهر وجوهر ، فلم لايجوز أن يكون الأمر فى تصرف

وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر ، وعن الثانى بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصى مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الأحسن فى مال اليتيم هو مالايعدّ عيبا فى التصرفات

أقول : فيه بحث ، فإنه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ما ذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا فى التصرفات) أقول : ولا يقتضى المماثلة ، بخلاف ضمان العدوان فإنه يبتنى على المماثلة بالنص .

وقد عرفت هذه المآخذ فى المختلف ، ولا نسلم أنها متقوّمة فى ذاتها ، بل تقوّم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد ، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين .

الوصى فى مال اليتيم أيضا كذلك ؟ فن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصى على أن القربان بالأحسن فى مال اليتيم هو مجرد مالايعد عيبا فى التصرفات . نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن فى قوله تعالى ـ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ـ ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لابما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصى (قوله وقد عرفت هذه المآخذ فى المختلف) قال صاحب العناية فى تفسير هذه المآخذ : أى العلل التى هى مناط الحكم ، أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت فى ملك الغاصب ، وثانيا بقوله إنها لايتحقق غصبها وإتلافها ، وثالثا بقوله لأنها لاتماثل الأعيان الخ اه . أقول : فيه نوع خلل ، لأنه قال أو ماذكره بكلمة أو وهى لأحد الأمرين ، ولا شك أن العلل التى كانت مناط الحكم هاهنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هى ما ذكره أولا وثانيا وثالثا بأقواله المزبورة لا أمر آخر ، فكيف يصح العطف بكلمة أو . وقال صاحب الغاية هاهنا : : أراد بالمآخذ العلل التى هى مناط الحكم ، وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله إنها حصلت فى ملك الغاصب وثانيا أنها لايتحقق غصبها وإتلافها وثالثا أنها لاتماثل الأعيان والشرط فى ضمان العدوان المماثلة بالنص اه . أقول : يرد على ظاهره أن العلل التى هى مناط الحكم هاهنا هى ما ذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا ، فما معنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذاك، والعطف يقتضى التغاير بين المعطوفين ، لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التى هى مناط الحكم تفسير معنى المآخذ هاهنا ، وبقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ماصدق عليه المآخذ هاهنا وتعيينه . فكأنه قال : أراد بمعنى المآخذ هاهنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ هاهنا ذاك ، والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهره فيصح العطف ، إلا أنه لو قال فى الثانى وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لايخفى على الفطن . ثم أقول : بقى فى هذا المقام بحث قوى ، وهو أنه قد صرح فى معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا فى الوقف ، ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة مع أن العلل المذكورة التى هى مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها فى تلك الصور أيضا . فإن قلت : العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع فى تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحوذلك ، ويجوز ترك القياس بالاستحسان . قلت : ذلك فيما يتصور ويمكن ، وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصوّر الغصب والعدوان فى المنافع ، وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والإجماع ، فإجراء الاستحسان فى خلاف ذلك مشكل جدا .

(وقد عرفت هذه المآخذ) أى العلل التى هى مناط الحكم ، أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت فى ملك الغاصب ، وثانيا بقوله إنها لايتحقق غصبها وإتلافها ، وثالثا بقوله لأنها لاتماثل الأعيان إلى آخره (فى المختلف) يعنى فى مختلف أبى الليث ، وقوله (ولانسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقوّمة . وتقريره أنا لانسلم أنها متقومة فى ذاتها لأن التقوم لايسبق الوجود والإحراز ، وذلك فيما لايبقى غير متصور بل يتقوّم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضى ، ولا عقد فى المتنازع فيه (إلا أن) أى لكن (ماينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم .

(قوله أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت الخ) أقول : فيه بحث .

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

قال (وإذا أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن قيمتهما ، فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعى : لايضمنها للذمى أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمى على ذمى أو باعهما الذمى من الذمى . له أنه سقط تقومهما فى حق المسلم فكذا فى حق الذمى ، لأنهم أتباع لنا فى الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق فى حقهم ، إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا .

(فصل فى غصب ما لا يتقوم)

قال صاحب النهاية : لما فرغ من بيان أحكام غصب مايتقوم وهو الأصل لأن الغصب بحدّه الذى ذكرناه إنما يتحقق فيه شرع فى بيان أحكام غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوّما . إما باعتبار ديانة المغصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره فى نفسه إلى التقوم اهـ كلامه . وقد اقتفى أثره صاحب العناية . أقول : لايذهب عليك أنه لاحاجة هنا إلى المصير إلى اعتبار عرضية أن يصير ما لايتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين ، بل لاوجه له عند النظر الدقيق لأن المبين فى هذا الفصل ضمان مالا يتقوم فى بعض المسائل وعدم ضمانه فى بعضها ، ففى مالا ضمان فيه كإتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار مّا أصلا . فإن اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له فى حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع إباء عنه. ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوّما منهم الشارح الكاكى حيث قال : لما فرغ من بيان غصب ما يتقوّم إذ هو الأصل شرع فى بيان غصب مالا يتقوّم اهـ . ومنهم الشارح الإتقانى حيث قال : لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع فى بيان غصب مالا يتقوم كالخمر والخنزير فى حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اهـ (قوله ولنا أن التقوم باق فى حقهم ، إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا) أقول : فيه إشكال من وجهين : أحدهما أن الخصم

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

لما فرغ من بيان ماهو الأصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لايتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المغصوب منه بتقومه أو بتغيره فى نفسه إلى التقوم (قال : وإن أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه : إتلاف المسلم خمر المسلم ، وإتلاف الذمى خمر المسلم ، وإتلاف الذمى خمر الذمى ، وإتلاف المسلم خمر الذمى . ولا ضمان على المتلف فى الأولين بالإجماع . وأما فى الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعى رحمه الله . وعلى هذا الخلاف إذا باعها الذمى من الذمى جاز البيع عندنا خلافا له . قال (سقط تقومها فى حق المسلم بلا خلاف فكذا فى حق الذمى لأنهم أتباع لنا فى الأحكام) قال صلى الله عليه وسلم « إذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » والإذا سقط تقوّمها (فلا يجب بإتلافها مال متقوم وهو الضمان) أى ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق فى حقهم ، إذ الخمر لهم كالخل والخنزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضى الله عنه حين سأل عماله : ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمور ؟ فقالوا : نعشرها . قال : لاتفعلوا ، ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها . فقد جعلها مالا متقوما فى حقهم

(فصل فى غصب مالا يتقوم)

(قال المصنف : وإذا أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن) أقول : فى شرح الكافى لصدر الإسلام : لو أتلف مسلم على ذمى خنزرا على قول أبى حنيفة لايضمن شيئا ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد يضمن قيمته . قال الإتقانى : وهذا خلاف ماذكره القدورى فى مختصره وفى شرحه لمختصر الكرخى ، ولكنه قياس قول أبى حنيفة الذى مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه (قال المصنف : وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمى على ذمى) أقول : ولقد أحسن حيث أتى فى المسلم باللام وفى الذمى بعلى) قوله دل على ذلك قول عمر ؛ إلى قوله : لاتفعلوا الخ) أقول : قوله لاتفعلوا مقول قول .

. . . .

قال : إنهم أتباع لنا فى الأحكام ، وتمسك بقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح ، فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق فى حقهم فى مقابلة ذلك الحديث الدالّ على كونهم أتباعا لنا فى الأحكام ، والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ماعرف فى علم الأصول . فإن قلت : نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر فى أثناء التعليل من قبلنا . فيدل النص المتضمن لهذا الأمر وهو قوله عليه الصلاة والسلام « اتركهم وما يدينون على مدعانا » هاهنا . قلت : للخصم أن يقول : المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات ، وما نحن فيه من المعاملات ؛ ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان . والثانى أنه قد تقرر فى علم الأصول أنه لا خلاف فى أن الكفار مخاطبون بالإيمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات أيضا فى حق المؤاخذة فى الآخرة . وأما فى حق وجوب الأداء فى الدنيا فمختلف فيه ، وما نحن فيه من المعاملات فينبغى أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوّم الخمر والخنزير أيضا . ثم أقول : يمكن الجواب عن كل واحد منهما : أما عن الأول فبأن يقال : مانحن فيه مخصص بالإجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباعا لنا فى الأحكام ، فإن عمر رضى الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمور ؟ فقالوا نعشرها قال لاتفعلوا ، ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ، فقد جعلها مالا متقوما فى حقهم حيث جوّز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فحل محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح . وأما عن الثانى فبأن يقال : كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضا ، وأما فيما لايتحمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا ، وما نحن فيه من قبيل الثانى لأن الخمر كانت متقومة فى شريعة من قبلنا وفى صدر شريعتنا ، والأصل أنّ ماثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل ، والمزيل وهو قوله تعالى ـ رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ـ وجد فى حقنا بدليل السباق والسياق ، فبقى فى حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ماكان من قبل كما صرح به فى الكافى والكفاية ، فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا ، وكذا الحال فى الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال : تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين فى الأمم الماضية ، وكذا فى حق هذه الأمة فى ابتداء الإسلام ، ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا فى حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا فى حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا فى حق المسلمين فبقى حلالا فى حق الكفار فكذا هاهنا . ألايرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين فى سورة المائدة بقوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ـ والمؤمن هو الذى يفلح إذا اجتنب الخمر ، وقال تعالى ـ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ـ إلى هنا لفظ غاية البيان . ثم إن التحقيق الذى لامحيد عنه هاهنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما الكلام فى المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا : الخمر مباح فى حق أهل الذمة وكذا الخنزير ، فالخمر فى حقهم كالخل فى حقنا والخنزير فى حقهم كالشاة فى حقنا فى حق الإباحة شرعا ، فكان كل واحد منهما مالا متقوّما فى حقهم . ودليل الإباحة فى حقهم أن كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لإقامة مصلحة البقاء ، والأصل فى أسباب البقاء هو الإطلاق ، إلا أن الحرمة فى حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى ، أو معقولا لمعنى لايوجد هاهنا أو يوجد لكنه يقتضى الحل لا الحرمة ، وهو قوله تعالى ـ إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة ـ لأن الصدّ لايوجد فى الكفرة ، والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك ، وهذا يوجب الحلّ لا الحرمة فلا تثبت الحرمة فى حقهم . وبعضهم قالوا : إن الحرمة ثابتة فى حقهم كما هى ثابتة فى حق المسلمين ، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات عندنا هو الصحيح من الأقوال على ماعرف فى أصول الفقه . وعلى هذا طريق الضمان وجهان : أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما فى الحال فهى بعرض أن تصير مالا متقوما فى الثانى بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والإتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوّما فى الجملة ولايقف على ذلك الحال ، ألا يرى أن المهر والجحش وما

حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ، ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام ، وإذا بقى التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه . بخلاف الميتة والدم ، لأن أحدا من أهل الأديان لايدين تمولهما ، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه إعزازا له ، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين لأن الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها .

لامنفعة له فى الحال مضمون بالغصب والإتلاف . والثانى أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسا لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، ومثله لايكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم فى ذلك ، ونفى الضمان بالغصب والإتلاف يفضى إلى التعرض لأن السفيه إذا علم أنه إذا غصب أو أتلف لايؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك ، وفى ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) أقول : لقائل أن يقول : فلم لانتركهم وما يدينون فى بعض الأمور كإحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فإنهم يمنعون منها على ما مر فى كتاب السير . والجواب أن أمثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت فى موضعها ، كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » على ما سيأتى بيانه عن قريب . قال صاحب العناية أخذا من النهاية ، ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لاتستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح ، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها فى جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد فى ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون . وأجيب بأنا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان اه . واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه إن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اه . أقول : ليس فيما ذكره كبير حاصل ، إذ مراد المجيب أيضا أن عدم توريثنا إياها إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بأنكحة المحارم . نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم ، وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث . ألا يرى أن الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح ، وقد صرح بهذا التفصيل فى النهاية ، وإن أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريث بأنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الإسلام ، فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا إنما هو النقض بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض . ثم أقول : بقى هاهنا كلام آخر ، وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فإنها لاتستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين ، مع أن وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر فى جميع الأديان إذا لم يوجد مانع ، والظاهر

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعنى لانجادلهم على الترك (والسيف موضوع) يعنى لايجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد الذمة ، وحينئذ تعذر الإلزام على ترك التدين فبقى التقوم فى حقهم ، وإذا بقى فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم ، وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه . ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لاتستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها فى جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد فى ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون . وأجيب بأنا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان . وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب المقيس عليه للشافعى رحمه الله لم يذكره فى الكتاب (لأن أحدا من أهل الأديان لايدين تمولهما ، إلا أنه تجب قيمة الخمر وإن كانت مثلية وتذكير الضمير فى الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لأن المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه إعزازا له) بخلاف أهل الذمة فإنهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها ، فإن جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك ، وإن استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه

(قوله لانجادلهم على الترك الخ) أقول : أى ترك ما يدينون (قوله وأجيب بأنا لانسلم أنهم يعتقدون التوريث الخ) أقول : فيه أن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الإسلام لطلبهم ذلك لانورثها .

وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم، وبخلاف العبد المرتدّ يكون للذمى ، لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين ، وبخلاف متروك التسمية عامدا إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة .

أن الكفر ليس بمانع عن الإرث فى اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك ، فتأمل فى الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، كذا قاله جماعة من الشراح . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك : والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لاتساق مابعده من العطف حينئذ اهـ . أقول : تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد ، لأن كلمة هذا مع كونها مما يأبى ذلك جدا لايستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون، لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربا فى دينهم بقوله تعالى - وأخذهم الربا وقد نهوا عنه - كما صرحوا به قاطبة ، حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا إياهم عن الربا مخالفا لقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما لايخفى على ذى مسكة . وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون يصير المعنى : وهذا أى قوله ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا . وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا . وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لأن الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح فيصير المعنى : وهذا أى عدم كون الذمى ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا . ولا يخفى أن هذا المعنى سديد وأن كلمة هذا التى يشار بها إلى القريب فى محلها حينئذ . وقال بعض الفضلاء : بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير اهـ أقول : هذا أقبح مما قاله صاحب العناية ، لأنه إن كانت الإشارة بهذا إلى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى : وهذا أى ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وإن صير إلى التقدير بأن يقال : المراد وهذا بخلاف الربا فى الضمان فيحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا ، لأن الضمان إنما يتصور فى الإتلاف ومسئلة الربا مما لامساس له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة) قال فى العناية : يعنى لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد

(قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر ، كذا قيل . والأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره لاتساق ما بعده من العطف حينئذ (وقوله لأنه مستثنى من عقودهم) يعنى بعلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم « ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وذلك لأنه فسق منهم لاتدين لثبوت حرمة الربا فى دينهم ، قال الله تعالى - وأخذهم الربا وقد نهوا عنه - (وبخلاف العبد المرتدّ للذمى) فإن المسلم إذا أتلفه لايضمن شيئا وإن كان اعتقاد الذمى أن العبد المرتدّ مال متقوم وهو أيضا فى الحقيقة مقيس عليه للشافعى رحمه الله . ووجه الجواب (أنا ما ضمنا لهم ترك التعرض) للعبد المرتد للذمى (لما فيه) أى فى ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والإعراض عنه . واستشكل هذا التعليل بما إذا أتلف على نصرانى صليبا فإنه يضمن قيمته صليبا، وفى ترك التعرض استخفاف بالدين . وأجيب بأن ذلك كفر أصلى ، فالنصرانى مقرّ على ذلك بخلاف الارتداد (وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون: يعنى لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى. وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لأنه مال متقوم فى اعتقاد الشافعى رحمه الله . ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة ، والدليل الدالّ على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم فى إيجاب

(قوله قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر ، كذا قيل ، والأولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول : بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه ، والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير .

قال (فإن غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويردّ عليه مازاد الدباغ فيه ، والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس ، وبالفصل الثانى إذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك . والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لاتثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوّم للغاصب كالصبغ فى الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه . وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ ، وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل مابينهما ، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع . قال (وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة ، وقالا : يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى . وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أتلف متروك التسمية عامدا لأنه مال متقوم فى اعتقاد الشافعى . ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم فى إيجاب الضمان هذا ما قالوه . ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية المحاجة ثابتة ؛ لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين . إلى هنا لفظ العناية . واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور فى الآخر حيث قال : فيه بحث . فإن القاضى ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اهـ . أقول : هذا ساقط جدا . أما أولا فلأن القاضى إنما ينفذ ما حكم به قاض آخر إذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع ، وأما إذا كان ماحكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضى أصلا كما صرحوا بذلك كله فى كتاب القضاء ، ومثلوا مايخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامدا فإنه مخالف لقوله تعالى ـ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ـ والكلام هاهنا فى متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ . وأما ثانيا فلأن حاصل الجواب المذكور أن علة الأمر بالترك فى قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » هى عقد الذمة ، وهو منتف فى حق المجتهدين فلا يتصوّر إلحاق المجتهدين بأهل الذمة فى ترك المحاجة لادلالة ولاقياسا . ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدالّ على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى ، وأن حديث تنفيذ القاضى ماحكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

الضمان هذا ما قالوه . ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية المحاجة ثابتة ، لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ماقررتم . والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم « اتركوهم وما يدينون » وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف فى حق المجتهدين . قال (فإن غصب من مسلم خمرا فخللها الخ) من غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين ، لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخلط شيء وبما له قيمة أولا ؛ فإن خلل بغير شيء بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إليها ، أو دبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما . فإما أن يكون الخل والجلد باقيين أولا ، فإن كانا باقيين أخذ المالك الخل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه . وطريق علمه أن ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما ، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع ، والفرق بين المسئلتين ما ذكره فى الكتاب وهو نير وإن لم يكونا باقيين ، فإن استهلكهما الغاصب ضمن الخل ، ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وقالا : يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه ، وإن هلكا فى يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، والمجمع عليه لايحتاج إلى دليل لأن دليله الإجماع فلهذا لم يذكره المصنف ، والبينة على ذلك أنه إن

(قوله ولقائل أن يقول : لانسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول : الأولى استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب ، إلى قوله : وهو منتف فى حق المجتهدين) أقول : فيه بحث ، فإن القاضى ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه .

ولو هلك فى يده لايضمنه بالإجماع . أما الخل فلأنه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ، ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال. وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه ويضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه واجب الرد ، فإذا فوّته عليه خلفه قيمته كما فى المستعار . وبهذا

لايقدح فى دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور، بل هو كلام آخر معلوم وجهه فى محله (قوله ولو هلك فى يده لايضمن بالإجماع) قال صاحب العناية : والمجمع عليه لايحتاج إلى دليل، لأن دليله الإجماع فلهذا لم يذكره المصنف اه . أقول : هذا ليس بسديد، لأن الذى لايحتاج إلى دليل ما أجمع عليه الأمة بالإجماع الذى هو أحد الأدلة الأربعة الشرعية فإن الإجماع عليه بالمعنى المذكور يكفى دليلا عليه، والظاهر أن مراد المصنف بالإجماع هاهنا هو إجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك ، لا إجماع الأمة الذى هو من الأدلة، لأن هذا الإجماع إنما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين فى عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى وهو غير ثابت فيما نحن فيه، كيف وقد قال فى معراج الدراية هاهنا: وعند الأئمة الثلاثة : يعنى مالكا والشافعى وأحمد لو تخللت الخمرة بنفسها وهلكت فى يد الغاصب يضمن ، وأما إذا تخللت بفعل الغاصب لايضمن . وفى الجلد المدبوغ على قول لايلزمه ردّه ولا يضمن، وفى قول وجب رده ويضمن اه . فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لأئمتنا فى بعض صور الهلاك فيما نحن فيه، مع أن مالكا من معاصرى أبى حنيفة والشافعى من معاصرى محمد، فلم يتحقق إجماع الأمة فى زمنهم على عدم الضمان فى بعض صور هذه المسئلة قطعا ، ولم ينقل إجماع أمة أخرى من قبل، فلم يمكن حمل الإجماع المذكور على إجماع الأمة كما لايخفى. وقال صاحب النهاية هاهنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك فى يده لايضمن بالإجماع لأن دليله ظاهر، وهو أنه لو ضمن لايخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ، ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لأنه لم يكن لكلّ واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب، ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لأنه لم يوجد منه فعل فى هلاكه، والضمان لايجب إلا بفعل موصوف بالتعدّى اه كلامه . أقول : ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم، ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التى ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان فى استهلاك الخل ممنوع، ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية فى شىء من المسائل . ثم أقول : لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة هاهنا انفهامه مما ذكره فى دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك إليه قطعا قوله فى أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه، تبصر ترشد (قوله كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية : وفيه نظر، لأن نفس الغصب فى هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه . أقول : هذا النظر ساقط جدا، إذ لانسلم أوّلا أن نفس الغصب فى هذه الصورة يوجب الضمان فإن نفس الغصب إنما يوجب ردّ العين على ماعرف فى صدر كتاب الغصب، وإنما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ، ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب

ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ، ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لأنه لايجب إلا بفعل موصوف بالتعدّى والفرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدورى : يعنى إذا غصب الجلد من منزله، فأما إذا ألقاه صاحبه فى الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه . وعن أبى يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه فى هذه الصورة أيضا. وإذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك مازاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر، لأن نفس الغصب فى هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه) (قوله ولأنه واجب الرد) دليل آخر. وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده ، فإذا فوّت الرد خلفه قيمته كما فى المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك ، وبهذا فارق الهلاك بنفسه لأنه لا تفويت منه هناك . قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله وغيره

فارق الهلاك بنفسه . وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس . أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الأخذ منه ثم فى الردّ عليه . وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقوّمة لاستعماله مالا متقوّما فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع ، كما إذا هلك من غير صنعة ، بخلاف وجوب الردّ حال قيامه لأنه يتبع الملك ، والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما . بخلاف الذكىّ والثوب ، لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة .

سببا للضمان لاينافى كون الاستهلاك أيضا سببا له ، ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة فى كون التعدّى بالاستهلاك سببا لضمان المتعدى ما استهلكه وإعطاء المالك ما زاده الصنعة . وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه ، غاية الأمر أن فى جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان ، وهذا لاينافى صحة القياس عليه فى السبب المشترك . وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال فى حل هذا المحل : إن الاستهلاك جناية موجبة للضمان فى محل هو مال متقوّم ، وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما فى الثوب ، إلا أن هناك السبب الأول وهو الغصب موجب للضمان أيضا . فله أن يضمنه بأىّ السببين شاء ، وهاهنا السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثانى فكان هو فى السبب كغيره ، ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه . إلى هنا كلامه (قوله ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه) قال صاحب العناية فى شرح قوله كما إذا هلك من غير صنعه : فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد ، وإلا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك اه كلامه . واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : فيه نظر ، إذ لا شك أن عدم الضمان فى صورة الهلاك من غير صنعه لايجب أن يكون باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون : فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين ، وإلا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك ، بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى هناك كتحققه فى صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا فى تعليل تلك المسألة فيما مرّ وكون الغصب موجبا للضمان فى كل من صورتى الهلاك والاستهلاك إنما هو عند تحقيق الغصب الشرعى وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لأن كون المأخوذ مالا متقوّما معتبر فى حقيقة الغصب الشرعى كما تقرر فى صدر الكتاب ، وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا ، وإنما يصير متقوما بالدباغ . وكلامنا فيما إذا غصب جلد الميتة فدبغه فحين الأخذ لم يتحقق الغصب الشرعى الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ، ويؤيد ما قلنا إن الخمر المتخللة بنفسها أيضا غير مضمونة فى صورة الهلاك بالإجماع كما مر ، وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقوّمها ، فلو كان مجرد الغصب وهو الأخذ جبرا بدون

فى شروح الجامع الصغير : قولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس : يعنى أن القاضى قوّم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير ، فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ . أما إذا قوّمهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الأخذ منه ثم فى الرد عليه . ولأبى حنيفة رحمه الله : لانسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه ، وإنما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ ؛ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب فى حق التقوم ، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع أصله ، كما إذا هلك من غير صنعة فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد ، وإلا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك (قوله بخلاف الردّ الخ) جواب عن قولهما ولأنه واجب الرد ، وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك ، والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتتبعه الصنعة . وقوله (بخلاف الذكىّ والثوب) جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوبا وأقحم الذكى استظهارا

ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل : ليس له ذلك، لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة ، وعندهما له ذلك ، لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه .

تحقق الغصب الشرعى موجبا للضمان فى الهلاك والاستهلاك ، أوكان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الأخذ كافيا فى تحقق الغصب الشرعى لوجب الضمان فى صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها فى يد الآخذ جبرا مع أنه خلاف ما عليه الإجماع . ثم أقول : لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان فى ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول : يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير فى مجرد عدم وجوب الضمان وإن كان السبب مختلفا فى الصورتين ، ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة فى خصوص السبب ، وهو كون الأصل الذى هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع . لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا فى صورة هلاك المدبوغ فى يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب فى تلك الصورة كما يقتضيه قولهما ، وإلا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك ، فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان فى صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدى كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب ، لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لايوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لايصح قولهما ، وإلا فالغصب موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته . قيل ليس له ذلك لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة) قال الشراح فى تفسير قوله قيل ليس له ذلك : أى مطلقا بلا خلاف ، ويقتضى هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك كما لايخفى. أقول : تعليل هذا القول الاتفاقى بقوله لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندى، فإنه لايتمشى على أصل الإمامين ، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك مازاد الدباغ فيه، كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه، والتعليل المذكور هاهنا صريح فى خلاف ذلك كما ترى . لايقال : المراد هاهنا أن الجلد لاقيمة له وقت الغصب ، بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ ، والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة . لأنا نقول : الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله فى هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بأن الجلد لاقيمة له وقت الغصب ، بخلاف الثوب فإن عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لاينافى عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ ، وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك فى هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر . على أنه لو كان المراد هاهنا أن الجلد لاقيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لأن الصبغ فى الثوب بإزاء الدباغ فى الجلد تأمل (قوله لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على مابيناه) قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن العجز فى الاستهلاك لأمر من جهة

لأن التقوم فيهما : أى فى الذكى والثوب كان ثابتا قبل الدفع والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ، والتقوم يوجب الضمان (ولو كان) الجلد (قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب فى هذا الوجه) أى الذى كان الدباغ فيه بشىء متقوم (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن الجلد لاقيمة له ، بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك) وقوله (لأنه إذا تركه) دليل أن فى المسئلة خلافا لا دليل المخالفين . ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك ، وهو أى الاستهلاك على هذا الخلاف على مابيناه آنفا ، وفيه نظر لأن

ثم قيل : يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك . وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ، ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شىء لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا . وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذى حصل فلا يضمنه . وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه ، وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته ، ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبى حنيفة : صار ملكا للغاصب ولا شىء له عليه . وعندهما أخذه المالك وأعطى مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ؛ ومعناه هاهنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل . وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل . وقيل فى دبغ الجلد ولو استهلكها لايضمنها عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى دبغ الجلد . ولوخللها بإلقاء الخل فيها فعن محمد أنه إن صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شىء عليه لأنه استهلاك له وهو غير متقوم ، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما . لأن خلط الخل بالخل فى التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك

الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك . ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدّى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اهـ . أقول : يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز فى الاستهلاك لما كان لأمر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الأمر من جهة الغاصب فإن المالك إنما تركه عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لايقدر على إعطائه ولا يهمه ذلك فكان السبب الأصلى لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ؛ ألا يرى أنه لو دبغه بما لا قيمة له وكان هو لمالكه بلا شىء كما سيجىء لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك . وقيل يضمنه قيمة جلد ذكى غير مدبوغ) يعنى اختلف المشايخ فى كيفية التضمين على قولهما ، فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكىّ مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما فى صور الاستهلاك ، وقال بعضهم : يضمنه قيمة جلد ذكى غير

العجز فى الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك . ولا يلزم من جواز التضمين فى صورة تعدّى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك . ثم اختلف فى كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما فى صورة الاستهلاك . وقيل قيمة جلد ذكىّ غير مدبوغ ، هذاكله إذا دبغ بما له قيمة وخلل بغير خلط شىء . أما إذا دبغه بما لاقيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شىء لأنه بمنزلة غسل الثوب وهو لايزيل ملك المالك . ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته فى قولهم جميعا لأنه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه . فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك . واختلفوا فى كيفية الضمان فقيل : ضمن قيمته مدبوغا ، وقيل طاهرا غير مدبوغ . وقد ذكر وجه القولين فى الكتاب وهو ظاهر . وإذا خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله : صارالخل ملكا للغاصب . ولا شىء عليه عند أبى حنيفة رحمه الله . وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كما فى دباغ الجلد . وقوله (قالوا) يشير إلى أن ثمة قولا آخر ، وهو ماقيل إن هذا والأول سواء لأن الملح صارمستهلكا فيه فلا يعتبر . وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير إليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل إشارة إلى القولين المذكورين فى دبغ الجلد ، وهو ما ذكره بقوله ولوكان قائما فأراد المالك ، إلى أن قال : قيل ليس له ذلك ، وقيل ليس له ذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه . وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك)

(قال المصنف : وعندهما أخذه المالك) أقول : قال صاحب التسهيل : يشكل هذا بما مر من أصلهم ، وهو أنه إذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه يملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزوال اسم الخمر ، ومعظم ما يقصد به من الأغراض بفعله وهو إلقاء الملح ونحوه ، فينبغى أن يأخذه . ويمكن أن يقال : كأنه تخلل بنفسه ، لأن فى طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لايستتبع ، بخلاف الخل انتهى .

وعند أبي حنيفة هو للغاصب فى الوجهين ، ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ، ولا ضمان فى الاستهلاك لأنه أتلف ملك نفسه . وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الأول لما بينا ، ويضمن فى الوجه الثانى لأنه أتلف ملك غيره . وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شيء ، لأن الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما ، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها فى كفاية المنتهى . قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفا فهو ضامن ، وبيع هذه الأشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يضمن ولا يجوز بيعها . وقيل الاختلاف فى الدفّ والطبل الذى يضرب للهو . فأما طبل الغزاة والدفّ الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف . وقيل الفتوى فى الضمان على قولهما . والسكر اسم للنيء من ماء الرطب إذا اشتد . والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ . وفى المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان فى التضمين والبيع . لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقوّمها كالخمر ، ولأنه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام . ولأبي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية ، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم ، وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم ، وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصىّ تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور ، كذا هذا ، وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما ، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصرانى صليبا حيث

مدبوغ ، كذا فى الشروح . أقول : ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هى قيمة جلد ذكى غير مدبوغ بعينها ، إذ قد قال المصنف فيما مر فى بيان أخذ الجلد وإعطاء ما زاد الدباغ فيه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما ، وذاك صريح فى أن ما بقى من قيمة جلد مدبوغ بعد إعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكى بعينها ، فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد ، والله تعالى أعلم وأحكم .

أى أصل محمد رحمه الله ، فإن أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما ، فإذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه . وقوله (هو للغاصب فى الوجهين) يعنى ما إذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان ، وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم ، وبعضهم أجروه على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها ، وهى التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصبّ الخل فيه لأن الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما . قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال فى الجامع الصغير : ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدفّ معروفة . وقوله (أهراق له سكرا) أى صبه ، يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء ، وأهراق يهريق بسكونها ، والهاء فى الأول بدل عن الهمزة وفى الثانى زائدة ، وكلامه إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، والله أعلم بالصواب .

ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعلم زوال منافعه ، فإن منافعها الغير مشروعة كلامنافع (قال المصنف : لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول: لعل المراد بالمنع هو الكراهة ، والله أعلم .

يضمن قيمته صليبا لأنه مقرّ على ذلك . قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبى حنيفة ، وقالا : يضمن قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق . ومالية أم الولد غير متقومة عنده ، وعندهما متقومة ، والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب .

(كتاب الشفعة)

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما . والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه . لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والأشربة والإجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمها ، كذا فى العناية وكثير من الشروح . أقول : لايذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة إلى هنا ، فلا حاجة إلى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته الخ ، فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لايخفى على ذى فطرة سليمة . قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ماقلناه : ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم إن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة . والأعم يستحق التقديم اه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ الغصب لايعم العقار عند أبى حنيفة وأبى يوسف حينئذ ، بل الغصب عندهما إنما يتصور فى المنقول دون العقار كما مر فى أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا ، وإنما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعى كما مر أيضا ثمة ، ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب إليه إمامنا الأعظم وإمامنا الثانى ، إذ لو كفى بمجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة ، فإن الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فإنها واجبة فى السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسيأتى فى الكتاب . ثم إن من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار ، قال الله تعالى ـ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ـ وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا إضرار فى الإسلام » ولا شك لأحد فى حسن دفع ضرر التأذى بسبب سوء

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما . والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه ، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق فى البياعات والأشربة والإجارات والشركات

(كتاب الشفعة)

(قوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته الخ) أقول : لكن ما ذكر فى بيان وجه تأخير الغصب عن المأذون يغنى عن بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة ، ثم يمكن أن يقال فى وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول ، بخلاف الشفعة ، والأعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق فى البياعات والأشربة الخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يقال : كلمة من التعليل .

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع . قال (الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل

المجاورة على الدوام ، وقد جاء فى تفسير قوله تعالى ـ لأعذبنه عذابا شديدا ـ أى لألزمنه صحبة الأضداد ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية . ثم إن الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع ، ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الطاهرين . وفى الشريعة : هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه ، كذا فى عامة الشروح والمتون ، إلا أنه وقع فى بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة ، وصرح فى بعض الشروح بزيادة قيد فى آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك ذكره فى الأكثر بناء على ظهوره . أقول : فى الكل إشكال ، وهو أنه إن كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة هى التملك المذكور فى عامة الكتب يلزم أن لايصح ما تقرر عندهم ، وسيجىء فى الكتاب من أن الشفعة تجب : أى تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم ، لأن ذلك صريح فى أن تحقق التملك فى الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضى أو قضاء القاضى ، فإن كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لايكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة ، إذ الثبوت والاستقرار لايتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضى ولا قضاء القاضى لامحالة فلم يوجد التملك أيضا ، فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد . وأيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا ، فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شىء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة . أما الأول فلأنه لاشك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى تملك البقعة المشفوعة ، وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على الفرض المذكور لايبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل ، وحكم الشىء يقارن ذلك الشىء أو يعقبه ولايتقدم عليه ، فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكما للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك . وأما الثانى فلأن ثبوت الملك هو عين التملك فى المعنى ، وحكم الشىء ما يغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لأن يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك . فالأظهر عندى فى تعريف الشفعة فى الشريعة ماذكره صاحب غاية البيان حيث قال : ثم الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار اهـ . فإنه إذا كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الإشكال الذى ذكرناه بحذافيره ، ويظهر ذلك بالتأمل الصادق ، ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا فى العبارة . ثم إن سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع ، لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة ، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع . وكان الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب ، فهو إشارة منه إلى أن

والمزارعات أوجب تقديمها . وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى . وشرطها كون المبيع عقارا وهى مشتقة من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع . وفى الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشترى بشركة أو جوار . قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) الشفعة واجبة : أى ثابتة للخليط فى نفس المبيع : أى للشريك ثم للخليط فى حقه كالشرب والطريق ، ثم للجار : يعنى الملاصق . قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل

(قوله أوجب تقديمها) أقول : الظاهر تقديمه (قال المصنف : الشفعة مشتقة من الشفع) أقول : يقال شفعت كذا بكذا : إذا جعته شفعا به (قوله وفى الشريعة عبارة) أقول : قال الإتقانى : الشفعة عبارة عن حق التمليك فى العقار لدفع ضرر الجوار انتهى . ولعله أولى مما ذكره غيره من أنها تملك عقار (قوله على المشترى بشركة أو جوار) أقول : لعله لم يذكر قيد جبرا اكتفاء عنه بكلمة على فإنها تدل على الاستعلاء المنبىء عن الجبر (قال المصنف : الشفعة واجبة) أقول : أى ثابتة ، وفى قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة إشارة إليه ، وإضافة حق الشفعة بيانية (قال المصنف : أفاد هذا اللفظ) أقول : اللفظ مصدر فى الأصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول : اللام للاستحقاق كذا فى أمثاله .

وأحد من هؤلاء وأفاد الترتيب . أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم » ولقوله عليه الصلاة والسلام

كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح ، لأن الشفعة إذا وجبت بالبيع لايتصوّر وجوبها ثانيا بالطلب . وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة ، لأن حق الشفعة لايثبت إلا بهما . قال : ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب ، فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لايصح ، ولو سلم بعد البيع يصح ، ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لأنه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ، ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ، ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة . والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك فى البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا : كذا فى الذخيرة . وذكره صاحب النهاية معزيا إلى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها . أقول : يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيئول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار . ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون فى قوله تعالى ـ اهدنا الصراط المستقيم ـ من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم بكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ، ولعل نظائر هذا فى كلام البلغاء أكثر من أن تحصى . والعجب أن عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذى له يد طولى فى الفقه على المعنى الذى هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أقول : لقائل أن يقول : هذا الحديث وإن دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك إلا أنه ينفى بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق ، لأن اللام فى الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد ، وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقرر فى علم الأدب ، ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قريش » سيما وقد أدخل على المسند هاهنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريقا فى إفادة القصر كما فى ـ الحمد لله ـ على ما قالوا . فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك ، وهو مذهب الشافعى فليتأمل فى الجواب . قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور : أى تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى الداخل ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة اهـ . واعترض بعض الفضلاء على قوله أما إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال : هذا قول بمفهوم الصفة ، ونحن لانقول به إلا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اهـ . أقول : كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط . أما الأول فلأن قول صاحب العناية : وأما إذا باع بعدها الخ ليس بداخل فى تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ، ونحن لا نقول به ، بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع . وأما الثانى فلأنه لو كانت اللام الاختصاصية مدارا للتخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم ، فيلزم أن يكون حجة علينا لا لنا (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام

واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب ، والدليل على الأول ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أى تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة (وقوله صلى الله عليه وسلم

(قال المصنف : فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم ») أقول : قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز ، إذ لاشركة بعد القسمة (قوله تثبت الشفعة) أقول : تكرير التذكير (قوله أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لافى المدخل ولافى نفس الدار) أقول : هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لانقول به ، إلا أن يقال : التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فحينئذ لاشفعة) أقول : فيه شىء ، إلا أن يقال : المراد لاشفعة للخلطة .

« جاد الدار أحق بالدار ، والأرض ينتظر له» وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا» ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بسقبه ، قيل يارسول الله ماسقبه ؟ قال : شفعته » ويروى « الجار أحق بشفعته » وقال الشافعى : لاشفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام« الشفعة فيما لم يقسم ، فإذاوقعت الحدود وصرّفت الطرق فلا شفعة »

«جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا») أى جار الدار أحق بالدار وجار الأرض أحق بالأرض. وقوله «ينتظر له وإن كان غائبا » : أى الشفيع يكون على شفعته وإن غاب ، إذ لا تأثير للغيبة فى إبطال حق تقرر سببه ، كذا قال تاج الشريعة . ويقرب منه قول صاحب العناية : يعنى يكون على شفعته مدة غيبته ، إذ لاتأثير للغيبة فى إبطال حق تقرر سببه اهـ . قال فى النهاية : وفى رواية الأسرار ينتظر بها إذا كان غائبا ، ثم قال فى الأسرار : فإن قيل : المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع ، ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائبا . قلنا : إن النبىّ صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق بها قبل البيع وبعده . وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق ، ولأن ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شرك ولا نصيب فقال : الجار أحق بشفعته » فهذا يبطل ذلك التأويل اهـ . وقال بعض الفضلاء على قوله وإن كان غائبا مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الأولى ، ففى كلامه بحث تأمله اهـ . أقول : المذكور فى كثير من نسخ الهداية إن كان غائبا بدون الواو ، والذى ذكر فى حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة إن وصلية ، بل المتبادر أن تكون شرطية . ويؤيده رواية الأسرار حيث وقع فيها إذا كان غائبا ، فعلى ذلك لايتوهم أن يكون المعنى إذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الأولى . وأما على الرواية بالواو وهى الأكثر وقوعا فى الشروح فلا محذور فيها أيضا ، لأن معنى قوله ينتظر له وإن كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفعته وإن غاب ، ولا شك أنه إذا كان على شفعته حال غيبته فلا يكون على شفعته حال حضوره أولى بالطريق ؛ وإن ترك الانتظار على معناه الأصلى وهو التوقف فى مهلة وكان المعنى ينتظر له إلى أن يجىء ويفرغ من شفعته تحققت الأولوية أيضا فيما إذا لم يكن غائبا ، لأنه إذا وجب الانتظار له إلى أن يجىء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلأن يجب الانتظار له إلى فراغه من شفعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما فى زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعى : لاشفعة بالجوار لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ») قال صاحب العناية : وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قريش » فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم : يعنى إذا كان قابلا للقسمة ، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه ، إلى هنا كلامه اهـ . أقول : فى تقريره نوع خلل

« جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا ») والمراد بالجار الشريك فى حق الدار بدليل قوله إن كان طريقهما واحدا ، وقوله ينتظر له وإن كان غائبا يعنى يكون على شفعته مدة غيبته ، إذ لا تأثير للغيبة فى إبطال حق تقرر سببه . قيل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ؛ ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وإن كان غائبا . وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده . وقوله ينتظر تفسير لبعض ماشمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بسقبه . قيل يارسول الله ماسقبه؟ قال : شفعته » وفى رواية « الجار أحق بشفعته » والحديث الأول يدل على ثبوت الشفعة للشريك فى نفس المبيع والثانى للشريك فى حق المبيع ، والثالث للجار (وقال الشافعى رحمه الله : لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ») ووجه الاستدلال أن اللام للجنس لقوله

(قوله ألا يرى أنه فسر الأحق بالانتظار) أقول : يشير إلى أن قوله ينتظر له جملة تفسيرية (قوله وإن كان غائبا) أقول : مقتضى كلمة إن الوصلية أنه إذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الأولى ، فى كلامه بحث تأمله (قال المصنف : ويروى « الجار أحق بشفعته ») أقول : ينبغى أن يكون أحق صفة لا اسم التفضيل ، إذ لا حق فى الشفعة لما دون الجار (قوله وأنه قال : فإذا وقعت الحدود الخ) أقول : معطوف على

ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه . وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، وهذا ليس فى معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه فى الأصل دون الفرع ، ولنا ما روينا ،

لأن قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره ، فإن معنى الشريك فى حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر ، وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى ، وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال : فإن قيل كيف يكون حق الشريك فى حق المبيع مقسوما . قلنا : مراده حق كل منهما من الملك اهـ. أقول : فحينئذ يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم ، إذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » فإن دلالته على عدم الشفعة فى المقسوم من جهتين معا : أى من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله « فإذا وقعت الحدود » ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله « وصرفت الطرق » والأولى . والأولى فى تقرير المقام أن يقال : وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق ، والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه ، إذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح ، فإن المصنف قال : وقال الشافعى : لا شفعة بالجوار . وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار . نعم طعن صاحب النهاية فى تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال : ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة . لأن الشافعى كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة فى الحقوق أيضا . وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر اهـ . ولكن يمكن أن يقال : وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعى لعدم ثبوت الشفعة إلا فى حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه . لأن مؤنة القسمة تلزمه فى الأصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العينى المشار إليه بهذا فى قول المصنف وهذا ليس فى معناه بالجار حيث قالوا وهذا : أى الجار ، وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال : أى الجار : يعنى شفعة الجار . وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا ، وفسر عامتهم الفرع فى قوله دون الفرع بالجار أيضا ، وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العينى وأجمعوا على تفسير الأصل بما لم يقسم . أقول : الحق الواضح عندى أن المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير . لأنه لا حاصل لأن يقال : الجار ليس فى معنى ما لم يقسم ، إذ لم يقل أحد بأن الجار فى حكم ما لم يقسم . وإنما قلنا إن المقسوم فى حكم ما لم يقسم إذا وجد الاتصال بملك البائع . ولا صحة لأن يقال الجار فرع لما لم يقسم لأن الذى فى حكم ما لم يقسم إنما هو

صلى الله عليه وسلم « الأئمة من قريش » فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم : يعنى إذا كان قابلا للقسمة ، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وأنه قال « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه » وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه . قوله (ولأن حق الشفعة) دليل له معقول ، وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه ، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا ، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا . ولا دلالة إذا لم يكن فى معناه من كل وجه (وهذا) أى الجار : يعنى شفعة الجار ليس فى معنى ما ورد به الشرع . لأن ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التى تلزمه . وقوله (فى الأصل) أى فيما لم يقسم ، ولا مؤنة عليه فى الفرع وهو المقسوم . ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس فى الجار وحده بل فيه وفى الشريك فى حق المبيع لأنه مقسوم أيضا ، وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والحمام (ولنا مارويناه) من الأحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحق بالدار » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بسقبه »

قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول : فإن قيل : كيف يكون حق الشريك فى حق المبيع مقسوما ؟ قلنا : مراده حق كل منهما من الملك (قوله وهذا : أى الجار : يعنى شفعة الجار الخ) أقول : الأولى أن يقال : أى محل النزاع

ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع . وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضارّ على ماعرف ، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى لأن الضرر فى حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى ،

المقسوم لا الجار نفسه ، وهذا مما لاسترة به ، فعامة الشراح خرجوا فى تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب . وأما صاحب العناية فقد أصاب فى تفسير الفرع حيث قال فيه : وهو المقسوم ، ولم يصب فى تفسير هذا حيث قال فيه : أى الجار ، إلا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده : يعنى شفعة الجار لكنه ليس بتام أيضا ، إذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار فى معنى نفس مالم يقسم إلا أن يقدر مضاف آخر فى قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس فى معنى شفعته : أى شفعة مالم يقسم، لكن لايخفى أنه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة داعية إلى شىء منهما فالحق ما قلته (قوله ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار) قال تاج الشريعة : ذكر التأبيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية ، وذكر القرار احتراز عن المشترى شراء فاسدا . فإنه لاقرار له إذ النقض واجب دفعا للفساد اهـ . واقتفى أثره صاحب العناية . وردّ بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال : ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه اهـ . أقول : إن لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة ، لأن الإعارة تمليك المنافع بلا عوض على ماعرف فى كتاب العارية ، فكان قوله لأن ملكه متصل بملك الدخيل متناولا الدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تأبيد الاحتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة : قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الإجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اهـ وقال صاحب العناية : وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اهـ . وتبعه الشارح العينى . أقول : فيه بحث ، لأن المستأجر وإن كان له ملك فى الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما فى المستعير على مامر آنفا ، إلا أن كلا منهما قد خرجا بقوله اتصال تأبيد فيا قبل فا معنى الاحتراز عن الإجارة مرة أخرى بقوله هاهنا عند وجود المعاوضة بالمال . وأما المرتهن فلا ملك له فى الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة ، فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التأبيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور هاهنا أصلا . والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا ، فإن فى كل منها يتحقق الملك والتأبيد والقرار . لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية فى شىء منها (قوله لأن الضرر فى حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء : الدليل أخص من المدعى . فإن الشفيع لايلزم أن يكون فى خطة آبائه ، بل قد يكون

رواه البخارى وأبو داود (ولأن ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار) وهو ظاهر ، لأنه المفروض . وقوله تأبيدا احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية . وقوله وقرار احتراز عن المشترى شراء فاسدا فإنه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للفساد . وكل ماهو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا : أى إلحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو مالا يقسم . ولا معنى لقوله وهذا ليس فى معناه لأنه فى معناه (لأن الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأبيد والقرار (إنما انتصب سببا فى مورد الشرع لدفع ضرر الجوار إذ الجوار مادة المضار) من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بتملك الأصيل) يعنى الشفيع (أولى لأن الضرر فى حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دلالة . وحاصله أن الأصيل دافع والدخيل رافع والدفع

(قوله وقوله تأبيد احتراز عن المنقول) أقول : ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه . ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الإجارة) أقول : فيه أنه ليس للمستأجر والمرتهن ملك فى رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ، ثم ليس فيهما اتصال تأبيد . إلا أن يقال : المراد الدار المجعولة أجرة . ثم أقول : واحترز بهذا القيد أيضا عن الموروثة والموهوبة والموصى بها (قال المصنف : لأن الضرر فى حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول : الدليل أخص من المدعى ، فإن الشفيع لايلزم أن يكون فى خطة آبائه ، بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الأصيل دافع والدخيل رافع) أقول : فيه أن الأصيل رافع لملك المشترى وهو دافع .

وضرر القسمة مشروع لايصلح علة لتحقيق ضرر غيره .

مالكا بالشراء أو الهبة اهـ . أقول : المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر فى حقه بإزعاجه عن خطته الأصلية المتقررة أقوى فيعم ماكان مالكا له بالشراء أو الهبة إلا أنه عبر عن أصالة خطته وتقررها بإضافتها إلى آبائه مبالغة فى بيان أصالتها وتقررها ، وبناء على ما هو الأكثر وقوعا فى العادة ، فأخصية الدليل المذكور بالنظر إلى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لايصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعى ، لأن مؤنة الضرر تلزمه فى الأصل دون الفرع : يعنى أن التعليل بذلك غير صحيح ، لأن مؤنة القسمة أمر مشروع لايصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه . كذا فى الشروح . قال صاحب العناية بعد بيان ذلك : ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه فى حيز التعارض اهـ . أقول : هذا عذر بارد بل كاسد ، لأن كون الحديث الذى استدل به الخصم فى حيز التعارض بالحديث الذى رويناه لايسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب . فإن حكم التعارض هو التساقط إن لم يظهر الرجحان فى أحد الجانبين ، ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف فى علم أصول الفقه . وعلى تقدير التساقط هاهنا يلزم أن لايثبت مدعانا كما لايثبت مدعاه ، وذلك يخل بمطلوبنا هاهنا لامحالة فلا بد من الجواب . إما ببيان الرجحان فيما رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الأصول ، اللهم إلا أن يقال : يكفينا دليلنا العقلى عند تحقق حكم التعارض بين الأحاديث لكن فيه مافيه . وقال صاحب العناية : وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» من باب تخصيص الشىء بالذكر وهو لايدل على نفى ماعداه ، وبأن قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» مشترك الإلزام . لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين ، وذلك يقتضى أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة اهـ . أقول : فى كل من هذين الجوابين نظر . أما فى الأول وهو الذى ذكر فى الكافى وعامة الشروح فلأن مدار استدلال الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشىء بالذكر لايدل على نفى ماعداه ، بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام فى الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على مالم يقسم كما فى قوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش» وقد صرحوا به فى أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ، ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفى ما عدا المذكور ، فالأولى فى الجواب عنه ماذكره تاج الشريعة ، وهو أن الألف واللام كما تدخلان فى الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة ، كما يقال العالم فى البلد فلان وإن كان

أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة فى استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ، فإنه لولم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه . وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لايصلح علة لتحقيق ضرر غيره" وهو التملك على المشترى من غير رضاه ، ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لأنه فى حيز التعارض . وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم» من باب تخصيص الشىء بالذكر ، وهو لايدل على نفى ماعداه . وبأن قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» مشترك الإلزام لأنه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالأمرين . وذلك يقتضى أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة ، وإنما نفى الشفعة فى هذه الصورة لأنها موضع الإشكال ، لأن فى القسمة

(قال المصنف : وضرر القسمة مشروع الخ) أقول : إذا حمل كلام المصنف على المنع والسند لايرد عليه شىء مما يتوهم وروده (قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول : قوله هو راجع إلى الضرر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالأمرين) أقول : الأصل فى اللام إذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين فى الأصول . وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضى إلى قوله : تجب الشفعة) أقول : لااعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط . واجتماعها ممنوع هنا ، ولعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل (قوله وإنما نفى الشفعة فى هذه الصورة) أقول : أى فى صورة القسمة .

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع » فالشريك فى نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار ،

فيه علماء ، وإذا كان كذلك يكون المراد بما فى ذلك الحديث أقوى الأسباب ، ونحن نقول : إن حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اهـ. وأما فى الثانى فلأن حصول الإلزام للشافعى بقوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » على الوجه المذكور فى الجواب المزبور ممنوع ، فإن الشافعى وإن قال بمفهوم المخالفة إلا أن له شرائط عنده : منها أن لايخرج الكلام مخرج العادة كما فى قوله تعالى ـ وربائبكم اللاتى فى حجوركم ـ على ماعرف فى الأصول ، فله أن يقول فيما نحن فيه إن قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه إذا كان الطريق واحدا تجب الشفعة ، ولئن سلم حصول الإلزام له بذلك فلا ينبغى أن يقال إنه مشترك الإلزام لأن فيه اعترافا بكونه ملزما إيانا أيضا ، ولو كنا ملزمين بذلك فى هذه المسئلة فما الفائدة لنا فى كون الشافعى أيضا ملزما به ، وتلك المقدمة إنما يصار إليها فى العلوم العقلية عند الضرورة . وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الإلزام فى غير كلام صاحب العناية . فالأولى فى الجواب عن آخر ذلك الحديث . وهو قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ما أشير إليه فى الكافى ، وذكر فى كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث ، بل يجوز أن يكون من كلام الراوى فلا يكون حجة للخصم فى عدم استحقاق الشفعة للجار مع ماصح من الأحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ، ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفى الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه : أى جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق ، وإنما قال هذا لأن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع ، فبين النبى صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها إزالة لذلك الوهم . وأورد علينا من قبل الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال فى رواية « إنما الشفعة فيما لم يقسم » وإنما لإثبات المذكور ونفى ما عداه . وأجيب عنه بعبارات مختلفة . قال فى الكافى والكفاية : وإنما قد تقتضى تأكيد المذكور لا نفى غير المذكور ، قال الله تعالى ـ إنما أنت منذر ـ اهـ. وقال فى النهاية : وكلمة إنما قد تجىء للإثبات بطريق الكمال ، كما يقال إنما العالم فى البلد زيد : أى الكامل فيه ، والمشهور به زيد ولم يرد به نفى العلم عن غيره ، وهاهنا كذلك فإن الشريك الذى لم يقاسم هو الشريك فى البقعة وهو كامل فى سبب استحقاق الشفعة حتى لايزاحمه غيره فكان محمولا على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفى غيره اهـ. وقال فى البدائع : أما الحديث فليس فى صدره نفى الشفعة عن المقسوم ، لأن كلمة إنما لاتقتضى نفى غير المذكور ، قال الله تعالى ـ إنما أنا بشر مثلكم ـ وهذا لاينفى أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم اهـ. أقول : فيما ذكر فى البدائع خلل بين ، إذ قد تقرر فى علم الأدب أنه يؤخر المقصور عليه فى « إنما » ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور فى قوله تعالى ـ إنما أنا بشر مثلكم ـ مدلول أنا والمقصور عليه هو البشرية ، ولا شك أن المراد بالمذكور فى قولهم إنما لإثبات المذكور ونفى غير المذكور هو المقصور عليه إذ بإثبات ذلك ونفى غيره يحصل معنى القصر عليه كما لايخفى ، فقوله وهذا لاينفى أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم لايدل على أن لاتقتضى كلمة إنما نفى غير المذكور الذى هو المقصور عليه ، لأن المقصور عليه فى قوله تعالى ـ إنما أنا بشر مثلكم ـ إنما هو البشرية لاغيره عليه الصلاة والسلام . والحاصل أن كلمة إنما فى الآية المذكورة لقصر المسند إليه على المسند دون العكس لا محالة . وقوله وهذا لاينفى أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم يبتنى على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع ، فالشريك فى نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان : فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا فى نفس المبيع ، والخليط بمن كان

معنى المبادلة ، فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أو لا ، فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها (والدليل على الثانى) أعنى على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع ») قال المصنف رحمه الله (فالشريك فى نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية ،

ولأن الاتصال بالشركة فى المبيع أقوى لأنه فى كل جزء ، وبعده الاتصال فى الحقوق لأنه شركة فى مرافق الملك ، والترجيح يتحقق بقوة السبب ، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحا . قال (وليس للشريك فى الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم.قال (فإن سلم فالشفعة للشريك فى الطريق ، فإن سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق ، وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة أخرى . وعن أبى يوسف أن مع وجود الشريك فى الرقبة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به . ووجه الظاهر أن السبب تقرر فى حق الكل، إلا أن للشريك حق التقدم. فإذا سلم كان لمن يليه

شريكا فى حقوق المبيع وهما فى اللغة سواء اهـ. واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : إن كان مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين ، فإنه لما وقع فى الحديث « الشريك أحق من الخليط » علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط ، إذ لا معنى لكون الشىء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه فى اللغة والآخر على نوع آخر منه . ثم لما كانت مزية الشركة فى نفس المبيع على الشريك فى حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالأول والمفضل عليه بالثانى ولم يعكس فلا غبار عليه(قوله قال وليس للشريك فى الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة) أقول : لايرى لقوله هذا فائدة سوى الإيضاح والتأكيد بعدأنقال قبيلة الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ،ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار ، فإن ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضا كما صرح به صاحب الهداية ، كيف لا وكلمة ثم صريحة فى إفادة التأخير ، وليس للمتأخر فى الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب (قوله فإن سلم فالشفعة للشريك فى الطريق ، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب) أقول : تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام ، لأن مابينه من الترتيب لايقتضى أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالمتقدم كما فى الميراث على ما قال به أبو يوسف فى غير ظاهر الرواية . إذ حينئذ لايستحق المتأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات ، وإنما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا . فإن لم يوجد الخليط فى الرقبة فالشفعة للشريك فى الطريق أو الشرب ، فإن لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لأن الترتيب يقتضى هذا المعنى لامحالة ، فالمناسب أن يترك التعليل المذكور هاهنا أو يكتفى بما سيأتى من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر فى حق الكل الخ

وهو حجة على الشافعى رحمه الله (ولأن الاتصال) دليل عقلى على الترتيب وهو ظاهر ، وكذا قوله (ولأن ضرر القسمة) يعنى قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق ، لكنه إن لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحا . لأن الترجيح أبدا إنما يقع بما لايكون علة للاستحقاق . قال (وليس للشريك فى الطريق والشرب الخ) إذا ثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق إلا إذا سلم المتقدم فى ظاهر الرواية ، فإن سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لأن السبب قد تقرر فى حق الكل ، إلا أن للشريك حق التقدم ، لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك ، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك . وأبو يوسف رحمه الله فى غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا . فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم ، والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار مثل أن يكون فى دار كبيرة بيوت وفى بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار ، وكذا هو مقدم على الجار فى بقية الدار فى أصح الروايتين ، عن أبى يوسف رحمه الله ، لأن اتصاله أقوى لأن المنزل من حقوق الدار ومرافقه ، ولهذا يدخل فى بيع الدار متى ذكر مع كل حق

(قال المصنف : ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر فى حق الكل الخ) أقول: والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لايرث الأخ لأب ، مثلا إذا أسقط الأخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب فى حق الكل وهو الأخوة أن الميراث ملك اضطرارى لايسقط بإسقاط العبد ، بخلاف حال الشفعة.وبالجملة إنا لانسلم أنهم محجوبون به ،بل له حق التقدم فقط فتأمل (قوله وفى بيت منها شركة) أقول:فرق بين البيت والمنزل

بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ، والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار فى المنزل ، وكذا على الجار فى بقية الدار فى أصح الروايتين عن أبى يوسف لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة . ثم لابد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لايكون نافذا . والشرب الخاص أن يكون نهرا لاتجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام . وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وعن أبى يوسف أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام . وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا . وإن بيعت للعليا فلأهل السكتين ، والمعنى ماذكرنا فى كتاب أدب القاضى . ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه . قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار) لأن العلة هى الشركة فى العقار وبوضع الجذوع لايصير شريكا فى الدار إلا أنه جار ملازق . قال (والشريك فى الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا . قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رءوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك) وقال الشافعى : هى على

(قوله والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار) قال فى العناية أخذا من النهاية : مثل أن يكون فى دار كبيرة بيوت وفى بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اهـ . أقول : فى هذا التمثيل قصور ، لأن المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت ، وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه فى المغرب ، وعلم ذلك فيما مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة فى المنزل بشركة فى بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ، ولا ضرورة تدعو إليه فى كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) يعنى بقعة الدار المبيعة واحدة ، فإذا صار الشفيع أحق ببعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها . قال صاحب العناية : فى شرح قوله والبقعة واحدة : أراد الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع

هو لما والبقعة واحدة أراد الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك فى حكم شىء واحد ، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع ، والرواية الأخرى أنه والجار سواء فى بقية الدار ، ثم لابد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة ، وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له . والقرواح من الأرض : كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر . وذكر استحقاق الشفعة فى السكة وأحاله على ما ذكر فى كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للمرور ولا حق لهم فى المرور ، وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان ، فكل من له ولاية فتح الباب فى سكة فله استحقاق الشفعة فى تلك السكة ومن لا فلا ، وقد تقدم صورة ذلك ، ومن له الولاية ومن ليس له ذلك فى ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعنى قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ ، فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق : يعنى لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لا لأهل النهر الصغير كما فى السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى ، وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهى واضحة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العلة هى الشركة فى العقار . قال (وإذا اجتمع الشفعاء الخ)

على ما مر فى باب الحقوق من كتاب البيع ، ويجوز أن يقال : المراد البيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول : الأولى أن يقول : الموضع الذى بعضه مشترك بينهما ، وإلا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول : هذا يشمل الشركة فى حقوق الدار كالطريق مثلا ، كأن كان فى بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت إلى الطريق العام ، وفى جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر ، فإذا بيعت الدار فالذى له شركة فى البيت مقدم على من له شركة فى الطريق ، مع أن هذا الدليل ينتظمهما ، والأمر فيه سهل كما لايخفى ، إذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار ،

مقادير الأنصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ؛ ألا يرى أنها لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة . ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة ، وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته ، ولا قوة هاهنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه . بخلاف الثمرة وأشباهها . ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم ، لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ، ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب . وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية ، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر

وذلك في حكم شيء واحد ، فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اهـ . أقول : فيه خلل ، لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ، ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار . وإنما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلازم من تفسير الشارح المزبور . وأيضا قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع إنما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع . فكان بين أول كلامه

إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رءوسهم خلافا للشافعي رحمه الله ، فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك لأنها لتكميل منفعته ، وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة . ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ؛ ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب ، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله . فإن قيل : الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأنى يتساويان ؟ أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة . لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع ، والترجيح إنما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته . ولا قوة هاهنا لظهور الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ، ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لأن المرجوح يندفع في مقابلة الراجح . وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع ، وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان ، كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت . وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك ، أو التي لم تجتمع من علتين مستقلتين ، والأول ممنوع والثاني مسلم ، ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة وإلا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح ؛ ألا ترى أن الشاهدين والأربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ، ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه ، إذ لم يجتمع في الابن علتان إن ضمنت إحداهما إلى الأخرى فاستلزمت الزيادة ، وإنما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان . وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك : يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه (قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه ، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده ، فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون أنصبائهم كما تقدم ، لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم ، والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم

وهو حاصل بهذا الدليل (قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول : وهاهنا أيضا كذلك ، فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول : فيه بحث .

يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء . قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لا أنه هو السبب ، لأن سببها الاتصال على ما بيناه ،

وآخره تنافر لايخفى (قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول : كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية ، فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر فى مشاهير كتب العربية ، فالأظهر أن تكون الباء فى قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة ، فإنه كثير شائع مذكور فى عامة معتبرات كتب الأدب ، والمعنى المقصود هاهنا يحصل به أيضا بلا كلفة كما لايخفى على الفطن المتأمل . فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على مابيناه) يعنى فى قوله ولنا أنهم استووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر فى العناية وكثير من الشروح ، أو فى قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر فى الكفاية . قال صاحب العناية : وهذا قول عامة المشايخ ، لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة ، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ، ولهذا قلنا بثبوتها للشريك فى حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك اهـ . أقول : فى قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة ، لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضا لدفع ذلك الضرر . وليس كذلك قطعا ، وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لاينافى مدخلية البيع أيضا فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل . ثم قال صاحب العناية : ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ؛ ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح . وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله . ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب فى حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو فى شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ كلامه . أقول : لقائل أن يقول : امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى ، سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب . فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم

ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب لعله لايطلب : يعنى قد يطلب وقد لايطلب ، فلا يترك حق الحاضرين بالشك ، وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف ، فإن حضر ثالث فبثلث ما فى يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية ، وإن كان بعد القضاء له فليس للآخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضى لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه ، والمقضى عليه فى قضية لايصير مقضيا له فيها ، ولا فرق فى هذا بين ما استووا فى سببها وبين مايكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار ، وكذا لو سلم : أى أصر بعد ماقضى له بالجميع لايأخذ القادم إلا النصف وهو مسئلة الكتاب ، لأن قضاء القاضى بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف ، بخلاف ماقبل القضاء . قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعنى فى قوله ولنا أنهم استووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال ، وهذا قول عامة المشايخ لأنهاإنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل لسوء المعاملة والمعاشرة ، والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ، ولهذا قلنا بثبوتها للشريك فى حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك . ورد بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل المبيع لوجوده بعد السبب ؛ ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح . وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للمشروط قبله . ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب فى حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو فى شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل ، إلى قوله : والضرر إنما يتحقق الخ) أقول : فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه ، وإنما هو فى شرط الجواز) أقول: قوله هو راجع إلى كلام .

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشترى يكذبه . قال (وتستقرّ بالإشهاد، ولا بد من طلب المواثبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه .

أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلزم أن لايكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله ، وكذا الحال فى إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به فى موضعه خلاف ذلك . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب فى قوله إن ذلك شرط الوجوب هو وجوب الأداء دون نفس الوجوب . فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامى، وحولان الحول إنما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به فى كتاب الزكاة ، وكذا حلول الأجل فى الديون المؤجلة إنما هو شرط وجوب أدائها لاشرط نفس وجوبها ، واللازم أن لايتحقق وجوب الأداء قبل الحول وقبل حلول الأجل ، ولا يلزم منه أن لايكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل ، والمصرح به فى موضعه إنما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لاغير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك الدار ، وفسر صاحب العناية ضمير فيه فى قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال : والوجه فيه : أى فى هذا التأويل. وتبعه العينى . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لا أنه هو السبب فى جريان هذا الوجه، إذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدورى أن البيع هو السبب كما لايخفى على الفطن ، فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بإرجاع ضمير فيه إليه ، بل لاوجه له عند التحقيق لأن المصنف علل تأويله المذكور بقوله لأن سببها الاتصال على مابيناه . فما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك؟ فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ، ومن عادة المصنف أنه إذا كان فى عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وهاهنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقرّ البائع بالبيع وإن كان المشترى يكذبه) أقول : فيه تأمل، إذ قد تقرّر فيما مرّ أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا ، إنما هى دفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المعاملة والمعاشرة . والظاهر أن ذلك الضرر إنما يتحقق عند ثبوت البيع فى حق المشترى لأنه هو الدخيل لاعند ثبوته فى حق البائع مع تكذيبه المشترى. لأن البائع أصيل كالشفيع . فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع فى حق المشترى حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر . قال فى العناية : ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة . وأجيب بأن فى ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع ، بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما

(قوله والوجه فيه) أى فى هذا التأويل (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفى لايطلع عليه ، وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه . والحاصل أن الاتصال بالملك سبب ، والرغبة عن الملك شرط ، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه ، بدليل أن البيع إذا ثبت فى حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه . وإن كذبه المشترى. ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة . وأجيب بأن فى ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع . بخلاف الخيار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه ، والهبة لاتدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية . قال (وتستقرّ بالإشهاد) للشفعة أحوال استحقاق، وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالإشهاد وهو يعتمد الطلب ، ولابد من طلب المواثبة : أى من طلب الشفعة على المسارعة قفى فى الطلب إلى المواثبة لتلبسه بها لأنه : أى الشفعة ذكر الضمير نظرا إلى حق يبطل بالإعراض . قال عليه الصلاة والسلام « الشفعة كحل العقال . إن قيدها ثبت » وهو كناية عن سرعة السقوط. وكل ما هو كذلك لابد من دليل يدل على أنه أعرض

(قوله إذ غرض الواهب المكافأة) أقول : فيه شىء فإنه لايتمشى ذلك فى الهبة للقريب المحرم ، وفى أخذ الواهب العوض .

ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه إلا بالإشهاد . قال (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) لأن الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أو قضاء القاضى كما فى الرجوع والهبة . وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لاتورث عنه فى الصورة الأولى وتبطل شفعته فى الثانية ولا يستحقها فى الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لايجب إلا عند معاوضة المال بالمال على مانبينه إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

زعمه ، والهبة لاتدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى. أقول : فى الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث ، لأنه إن كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لايستقيم أصلا ، فإن كون غرضه المكافأة لاينافى رغبته عن ملكه ؛ ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لاينافى رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وإن كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لايدفع النقض بالهبة التى لايصح الرجوع فيها ، كما إذا وهب لقريبه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط فى العقد ، إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع . فإن فى هذه الصور لايصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لاشفعة فيها فبقى النقض بها (قوله ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه إلا بالإشهاد) أقول : فيه شىء وهو أن احتياجه إلى إثبات طلبه عند القاضى إنما هو إذا أنكر المشترى طلبه . وأما إذا لم ينكره فلا احتياج إلى ذلك ، فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغى أن لاتبطل الشفعة بترك الإشهاد فيما إذا لم ينكر الخصم طلبه ، مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا . فإذا قلت : وقت الإشهاد مقدم على وقت الخصومة ، فى وقت الإشهاد إنكار الخصم طلبه وعدم إنكاره إياه غير معلوم . فإن ترك الإشهاد فى ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه ، بل يحتمل إعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقا . قلت : هذا مشير إلى التعليل الأول ولا كلام فيه ، وإنما الكلام فى أن التعليل الثانى هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا هاهنا كما يقتضيه قول المصنف ولأنه يحتاج إليه إلى آخره (قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها حاكم) أقول : فى عبارة الكتاب هاهنا قصور من وجهين : أحدهما أن قوله أو حكم بها حاكم عطف على سلمها المشترى وقد وقع المعطوف عليه فى حيز الأخذ فكان الأخذ معتبرا فى التسليم فلزم أن يكون معتبرا فى حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف ، إذ قد تقرر فى علم الأدب أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه فى كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله ، مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال فى الكافى بعد قوله أو حكم بها حاكم : فإنه يثبت الملك بحكمه وإن لم يأخذ الدار . وقال فى شرح الكنز للزيلعى : أى تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين : إما بالأخذ إذا سلمها المشترى برضاه ، أو بحكم الحاكم من غير أخذ. وقال صدر الشريعة فى شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالأخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى . قوله بقضاء القاضى عطف على الأخذ لاعلى التراضى ، لأن القاضى إذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى . وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال : وهو أى التملك إنما يكون بالأخذ ، إما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضى ، فإنه

عنه أو دام عليه . والإشهاد والطلب يدلان على الدوام فلابد منهما ، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى ، ولا يمكنه إلا بالإشهاد . وتملك . وهو إنما يكون بالأخذ إما بتسليم المشترى أو بقضاء القاضى ، ودليله المذكور ظاهر . وقوله (وتظهر فائدة هذا) أى توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين . وقوله (يعنى فى الصورة الأولى) إذا مات الشفيع لأنه لم يملكها فلا تورث عنه . وقوله (فى الثانية) يعنى إذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم . وقوله (فى الثالثة) يعنى إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها . وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعنى قول القدورى رحمه الله ، والله أعلم .

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

قال (وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا . ولقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها » ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ ، وهو رواية عن محمد . وعنه أن له مجلس العلم . والروايتان فى النوادر . وبالثانية أخذ الكرخى ، لأنه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة . ولو قال بعد مابلغه

صريح فى اعتبار الأخذ فى قضاء القاضى أيضا . وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشترى دائما . فإن المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتفى بثبوت البيع فى حق البائع حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشترى يكذبه . ففى هذه الصورة إنما يسلمها البائع دون المشترى فكان الأحق بالمقام أن يقال إذا سلمها الخصم بدل قوله إذا سلمها المشترى ليشمل تسليم المشترى وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم تبصر .

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه ، كذا فى عامة الشروح . أقول : هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطرى عنوان الباب وهو طلب الشفعة ، ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثانى منهما وهو قوله والخصومة فيها ، ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة فى الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع فى بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه : طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا) قال الشراح : قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض فلابد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه . أقول : فلقائل أن يقول : ماذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل أيضا على لزوم الإشهاد فيه حيث قال : فلا بد من الإشهاد والطلب . وسيأتى التصريح منه بأن الإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفى التجاحد . والجواب أن المراد بالإشهاد المذكور هناك هو الذى فى طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد إليه تقديم الإشهاد على الطلب فى قوله فلابد من الإشهاد والطلب ، إذ لو كان المراد بالإشهاد هناك هو الإشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا ، إذ لايتصور الإشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب . ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالإشهاد إذ الشفعة لاتستقر إلا بعد طلب التقرير والإشهاد على مقتضى ما سيأتى فى الكتاب فلا تنافى بين كلامى المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها ») أقول : فى وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع إشكال ،

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه . قال (وإذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر لايحتاج إلى بيان سوى ألفاظ ننبه عليها (طلب المواثبة) سمى بها تبركا بلفظ الحديث « الشفعة لمن واثبها » أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أى من غير توقف ، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل

(باب طلب الشفعة)

(قال المصنف : لأنه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما فى المخيرة) أقول : تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ، ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام فى مجلسه ، فهذا مثله ، كذا فى شرح الكاكى ، والفارق ظاهر ،

البيع ـ الحمد لله ـ أو «لاحول ولاقوة إلا بالله» أوقال «سبحان الله» لاتبطل شفعته. لأن الأول حمد على الخلاص من جواره والثانى تعجب منه لقصد إضراره، والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شىء منه على الإعراض، وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة، والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفى التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخى. ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال: طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها، لأن الاعتبار للمعنى. وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى

لأنه إن كان مداره على نفى الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لانقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا؟ وإن كان مداره على أن لام الجنس فى الشفعة ولام الاختصاص فى «لمن واثبها» تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها، كما قالوا فى ـ الحمد لله ـ أن لامى الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى، فيرد علينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة لشريك لم يقاسم» كما ذكر فى صدر هذا الكتاب، إذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفى الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفى التجاحد) قال صاحب النهاية: وذلك لأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق. وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط فيه اهـ واقتفى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال: وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والإشهاد فى ذلك ليس بشرط اهـ. أقول: لقائل أن يقول: طلب التقرير والإشهاد أيضا ليس لإثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، وإنما الذى لإثبات الحق طلب الخصومة مع أن الإشهاد فى طلب التقرير لازم على مايقتضيه كلام المصنف فى بيان طلب التقرير والإشهاد فيما بعد، فكان ذلك الوجه الذى عدّه صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الإشهاد فى طلب التقرير كما ترى. فإن قلت: لزوم الإشهاد فى طلب التقرير لأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه إلا بالإشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب، وسيأتى ذكره مرة أخرى فى بيان طلب التقرير والإشهاد فى هذا الباب. قلت: ذلك إنما يكون وجها للزوم الإشهاد فى طلب التقرير، وهو لايدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الإشهاد فى طلب المواثبة بلزومه فى طلب التقرير كما بيناه، وكلامنا فى هذا الوجه على أن فى ذلك الوجه أيضا كلاما، لأنه إن أريد أنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع، وإن أريد أنه يحتاج إلى إثباته عند التجاحد فكذا الحال فى طلب المواثبة أيضا. ثم أقول: يمكن أن يمنع لزوم الإشهاد فى طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الإمام قاضيخان فى فتاواه حيث قال: وإنما سمى الثانى طلب الإشهاد لا لأن الإشهاد شرط بل ليمكنه إثبات الطلب عند جحود الخصم اهـ. فإنه يدل على أن الإشهاد فى طلب التقرير أيضا ليس بلازم، بل إنما هو لنفى التجاحد كما فى طلب المواثبة، وبناء على ماذكره

الباب لأنه حق ضعيف. وقوله (والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفى التجاحد) يعنى ربما يجحد الخصم فيحتاج إلى الشهود. وتحقيقه أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد فى ذلك ليس بشرط. وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخارى: لو قيل لقروىّ بيع أرض بجنب أرضك فقيل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا، ومن الناس من قال: إذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لأن كلامه وقع كذبا فى الابتداء فكان كالسكوت. والصحيح أنه لايبطل لأنه إنشاء عرفا. ومنهم من قال: لو قال أطلب وآخذ بطل لأنه عدة

فإن الشفيع لايتملكه بطلب المواثبة فقط، بل بالأخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى، فله بعد طلب المواثبة زمان التأمل، بخلاف المشترى عند إيجاب البائع والمخيرة (قال المصنف: لأن الاعتبار للمعنى) أقول: والمعنى المراد من الأول إنشاء الطلب لاالخبر منه ليكون كذبا،

يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة ، وقالا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّا كان أو عبدا صبيا كان أو امرأة إذا كان الخبر حقا . وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم ، وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده ؛ لأنه ليس فيه إلزام حكم. وبخلاف ما إذا أخبره المشترى لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم . والثانى طلب التقرير والإشهاد ، لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضى على ماذكرنا ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير وبيانه ما قال فى الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده) معناه لم يسلم إلى المشترى (أو على المبتاع أو عند العقار : فإذا فعل ذلك استقرّت شفعته) وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه ؛ لأن للأول اليد وللثانى الملك . وكذا يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به ، فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما ؛ إذ لا يد له ولا ملك

صاحب البدائع حيث قال : وأما الإشهاد على ظاهر الطلب فليس بشرط ، وإنما هو لتوثقه على تقدير الإنكار كما فى الطلب الأول اهـ . فحينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لايخفى (قوله وقالا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرّا كان أو عبدا صبيا أو امرأة إذا كان الخبر حقا)أقول : فى التقييد بقوله إذا كان الخبر حقا ضرب إشكال ، لأن الكلام فيما إذا بلغ الشفيع بيع الدار بالإخبار ، وفى ذلك إنما يحصل له العلم بكون الخبر حقا لسبب الوثوق بإخبار مخبره ، والظاهر أن مدار الوثوق بإخبار مخبره فيما إذا كان طريق العلم منحصرا فى الإخبار هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق بإخباره ، ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله ، وإذا لم يكن شىء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفى نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الإشهاد على الشفيع إذا أخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا فى صورة هذه المسئلة سوى إخبار الواحد . فإن أفاد مثل ذلك الإخبار العلم تعين كونه حقا ، وإن لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا ، وعلى كل حال لايرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر .

محض ، والمختار ماذكره المصنف . وقوله (وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) إشارة إلى ماذكره فى آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضى ،وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر إلينا . وقوله (بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده) أى عند أبى حنيفة : يعنى أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها فى نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر أو غيره . فإن اختارت نفسها فى مجلسها وقع الطلاق ، وإلا فلا لما ذكر أنه ليس فيه إلزام حكم حتى يشترط فيه أحد شطرى الشهادة . وقوله (أو على المبتاع) يعنى المشترى (أو عند العقار) قال شيخ الإسلام : الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشترى والبائع والدار . أما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين . فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا فى مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا. لأن نواحى المصر جعلت كناحية واحدة ، ولو كان أحدهم فى مصر والآخران فى مصر آخر أو فى رستاق هذا المصر فترك الأقرب إلى الأبعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته .

وكذا الثانى ، وليس بعده على ما زعموا (قال المصنف : ويشهد على البائع الخ) أقول : قال الإتقانى : وينبغى أن يذهب إلى أقربهم ، حتى لو ترك الأقرب وذهب إلى الأبعد وأشهده على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد ، فأما اذا كانت الطرق مختلفة فى الذهاب إليهم لا يبطل حقه بالذهاب إلى الأبعد ، لأنه ربما يكون به عذر فى طريق لايكون ذلك فى طريق آخر ، كذا فى شرح الكافى اهـ . ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع إذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فإن كان الشفيع أو الأبعد خارج المصر تبطل الشفعة ، وإن كان كلاهما فى المصر لاتبطل استحسانا اهـ .

فصار كالأجنبي . وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده ، لأن المطالبة لاتصح إلا فى معلوم . والثالث طلب الخصومة والتملك ، وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى . قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف . وقال محمد : إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت) وهو قول زفر ، معناه : إذا تركها من غير عذر . وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته ، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على إعراضه وتسليمه . وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشترى لأنه لايمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مرّ فى الأيمان . ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقرّ لايسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما فى سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا ، ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر ، ولو علم أنه لم يكن فى البلد قاض لاتبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لايتمكن من الخصومة إلا عند القاضى فكان عذرا . قال (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضى فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذى يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة) لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفى لإثبات الاستحقاق . قال رحمه الله : يسأل القاضى المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها ، لأنه ادعى حقا فيها فصار

ثم اعلم أنه مما يجب التنبه له أن المراد بالإشهاد هاهنا نفس طلب المواثبة لا الإشهاد على ذلك الطلب ، وإلا يلزم أن يكون قوله هاهنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مرّ والإشهاد فيه ليس بلازم ، وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والإشهاد فيه ليس بلازم حيث قال : هذا لايناقض قوله يجب عليه أن يشهد ، لأن المراد من الأول الإشهاد على الطلب ، ومن الثانى طلب المواثبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ . وسيأتى نظير هذا فى الكتاب فى أول باب ما يبطل به الشفعة ، فإنه لما قال هناك وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الإشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ماذكره المصنف من قبل . وذكر فى الذخيرة وغيرها أيضا من أن الإشهاد فى طلب المواثبة ليس بلازم ، وإنما هو لنفى التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول : فى هذا التصوير نوع تقصير ، لأنه إنما يتمشى فيما إذا كان الإشهاد عند الدار . فإن الإشارة بهذه الدار إنما تتصور فى هذه الصورة ، والمذكور فيما قبل مجموع الأقسام الثلاثة للإشهاد : أعنى الإشهاد على البائع أو على المشترى أو عند العقار ، اللهم إلا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون إحاطة الأقسام ، لكنه لايدفع التقصير حقيقة . فالأولى الجامع للأقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال : وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول : إن

وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة ، وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لاتبطل شفعته وإن طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد : يعنى أن الشفيع إذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ، ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر فى لزوم الضرر ، فكما لايبطل وهو غائب لايبطل وهو حاضر . نقل فى النهاية عن الذخيرة أن الشفيع إذا كان غائبا فعلم بالشراء فإنه ينبغى أن يطلب طلب المواثبة ، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشترى أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الإشهاد ، فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له . قال (وإذا تقدم الشفيع إلى القاضى الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد

كما إذا ادعى رقبتها ، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال : أنا شفيعها بدار لى تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف . وذكر فى الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها أيضا . وقد بيناه فى الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد . قال (فإن عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما يعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه . ثم هو استحلاف على ما فى يده فيحلف على العلم (فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه فى الدار التى يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضى) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا . فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة) لأن الشفعة لاتجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة . قال (فإن عجز عنها استحلف المشترى بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه فى هذا الدار شفعة من الوجه الذى ذكره) فهذا على الحاصل . والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه

فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا ، وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضا فاشهدوا بذلك . أو يحضر المشترى ويقول : هذا مشتر من فلان دارا التى حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا . أو يحضر البائع ويقول : هذا باع من فلان دارا التى حدودها كذا إلى آخر ماذكرنا اهـ (قوله وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال أنا شفيعها بدار لى تلاصقها تم دعواه) قال صاحب العناية : قيل لم يتم بعد . بل لابد أن يسأله ويقول هل قبض المشترى المبيع أو لا ، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع ، ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أو لا ، فإن عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تطاولت . فالقاضى لايلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى . وقال : وهذا لايلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبى حنيفة فى عدم البطلان بالتأخير . ثم قال : وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ، فإذا قال طلبت حين علمت إذ أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار

وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لأنها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أو لا ، وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان . وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد ، بل لابد أن يسأله فيقول : هل قبض المشترى المبيع أولا ، لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشترى ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له : متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا ، فإن عند أبى يوسف ومحمد إذا طالت المدة فالقاضى لايلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى ، وهذا لايلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبى حنيفة فى عدم البطلان بالتأخير . وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ، فإذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار ، فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره ، فإن قال نعم صح دعواه ، ثم يقبل على المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذى يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة لأن اليد ظاهرا يحتمل أن تكون يد ملك وإجارة وعارية ، والمحتمل لايكفى لإثبات الاستحقاق ، فإن أقام فقد نور دعواه ، وإن عجز استحلف المشترى بطلب الشفيع أنه لايعلم أن الشفيع مالك للذى ذكره مما يشفع به لأنه ادعى عليه أمرا لو أقر به لزمه ؛ فإذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على مافى يد غيره ، فإن نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا ، فإن أقر فذاك ، وإن أنكر قيل للشفيع أقم البينة ، فإن أقامها فذاك (وإن عجز عنها استحلف المشترى على أنه ما اشتراه أو مايستحق عليه الشفعة من الوجه الذى ذكر فهذا على الحاصل والأول على السبب . وذكرنا الاختلاف فيه)

(قوله وعليه الفتوى) أقول : الفتوى على قول محمد فى أنه إذا طالت المدة لايلتفت القاضى إلى دعواه (قوله وهذا لايلزم المصنف الخ) أقول : أشار إلى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبى حنيفة فى عدم البطلان بالتأخير) أقول : لاعل قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الإخبار (قوله سأله عن طلب الإشهاد) أقول : الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة .

فى الدعوى . وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله ، وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما فى يده أصالة . وفى مثله يحلف على البتات . قال (وتجوز المنازعة فى الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضى . فإذا قضى القاضى بالشفعة لزمه إحضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الأصل . وعن محمد أنه لايقضى حتى يحضر الشفيع الثمن . وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لايتوى مال المشترى . وجه الظاهر أنه لاثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لايشترط تسليمه ، فكذا لايشترط إحضاره (وإذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو أخر أداء الثمن بعد ماقال له ادفع الثمن إليه لاتبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضى . قال (وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع فى يده فله أن يخاصمه فى الشفعة لأن اليد له وهى يد مستحقة) ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة

فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره . فإن قال نعم فقد صحح دعواه اهـ. أقول : القائل صاحب النهاية أخذا من الذخيرة ، وتبعه بعض آخر من الشراح ، وقد غير صاحب العناية عبارتهم فى النقل وأفسد ، فإن عبارتهم كانت هكذا . ثم إذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الإشهاد هل طلب الإشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير ، فإن قال نعم سأله إن الذى طلبت بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره ، فإن قال نعم تبين أن الإشهاد قد صح ، ثم إذا تبين مايصح عنده الطلب فقد صحح دعواه . إلى هنا عبارتهم . وهذه العبارة هى المطابقة لما فى الذخيرة ، وهى الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية فى نقله لأنه عبر عن طلب المواثبة بطلب الإشهاد حيث قال : وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ، ولا يذهب عليك أن إطلاق طلب الإشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا ، يظهر ذلك مما أحطت به خبرا فى أقسام الطلب . وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت

يريد ما ذكره فى فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى . قال (وتجوز المنازعة فى الشفعة الخ) وتجوز المنازعة فى الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضى ، فإذا قضى القاضى بها لزمه إحضار الثمن . قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الأصل) ولم يقل هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح فى الأصل هكذا ، ولكنه ذكر مايدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير إحضار الثمن لأنه قال للمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته إن مات (وعن محمد أنه لايقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة) لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لايتوى مال المشترى) والفرق بين هذا وبين المشترى مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بإبطال ملك المشترى . وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع ، فأما المشترى هاهنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه ، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لايضر بغيره ، ودفع الضرر عن المشترى بإبطال الشفعة إذا ماطل فى دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لاثمن له عليه قبل القضاء ، ولهذا لايشترط تسليمه ، وما ليس بثابت عليه لايشترط إحضاره) فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشترى من المطالبة (وإذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه ؛ فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع إليه الثمن لاتبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضى ؛ قال : وإن أحضر الشفيع البائع الخ) وإن أحضر الشفيع البائع إلى الحاكم والمبيع فى يده ، فله أن يخاصمه فى الشفعة . لأن اليد له وهى يد مستحقة : أى معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى الثمن ، ولو هلك فى يده هلك من ماله . وإنما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ، ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه .

على البائع ويجعل العهدة عليه، لأن الملك للمشترى واليد للبائع ، والقاضى يقضى بهما للشفيع فلابد من حضورهما ، بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لايعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبيا إذ لايبقى له يد ولا ملك. وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهى أن البيع فى حق المشترى إذا كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ فى حق الإضافة لامتناع قبض المشترى بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه . ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشترى منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع ، بخلاف ما إذا قبضه المشترى فأخذه من يده

بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء ، وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل ، فعلى تقدير أن يقال هاهنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى : ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة . لأن سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة . بخلاف ما إذا قيل ثم إذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الإشهاد كما وقع فى عبارتهم . فإنه لايلزم حينئذ شىء من المحذورين المذكورين . أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر ، وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فإن الكلام إذ ذاك ملق

إلا لأن الحاكم لايسمع البينة على البائع حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه. وهذه جملة قضايا كما ترى ، أما كونه خصما فقد بيناه ، وأما كون المشترى لابد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك فى إحداهما مع البائع وتفرد بالأخرى . وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لأن الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع) عليهما ، ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت) فإن حضور البائع إذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد . وأما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع فى حق المشترى إذا كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه) ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضعه بالنقض فى المسئلة لأن نقض البيع إنما هو لأجل الشفعة ونقضه يفضى إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ فى حق الإضافة) لأن قبض المشترى مع ثبوت حق الأخذ للشفيع بالشفعة ممتنع . وإذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج إلى الفسخ ، لأن الأسباب شرعت لأحكامها لا لذاتها ، لكنه يبقى أصل البيع : أعنى الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن إضافته إلى ضمير المشترى لتعذر انفساخه . فإنه لو انفسخ عاد إلى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحيل لبقائه بتحويل الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشترى من البائع) وهذا لأن الشفعة ثابتة فى الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذرا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها . وهى تندفع بفسخه من جانب المشترى فلا تتعدى إلى غيره ، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار . وقال بعضهم : تنتقل الدار من المشترى إلى الشفيع بعقد جديد . قالوا : لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشترى قد رآه . لكن له ذلك كما سيأتى . ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشترى اشتراها على أن البائع برىء من كل عيب بها لكن له ذلك . والجواب أن العقد يقتضى سلامة المعقود عليه من العيب ، وإنما يعتبر فى حق المشترى بعارض لم يوجد فى الشفيع وهو الرؤية وقبول المشترى العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة للسلامة نظرا إلى الأصل (قوله فلهذا) أى فلتحول الصفقة إليه (يرجع بالعهدة على البائع) لأنه تابع كما كان ، ولو كان بعقد جديد كانت على المشترى (بخلاف ما إذا قبضه المشترى)

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول: كالموكل إذا تملك المشترى من الوكيل بتحول الصفقة فإنه لايثبت له خيار الرؤية إذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفقة إلى الشفيع) أقول : وأما مسئلة الوكيل فإن الموكل أقام الوكيل أقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط

حيث تكون العهدة عليه لأنه ملكه بالقبض . وفى الوجه الأول امتنع قبض المشترى وأنه يوجب الفسخ ، وقد طوّلنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى . قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه . قال (إلا أن يسلمها إلى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ماعرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشترى فتصير الخصومة معه ، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم ، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت فى يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا . قال (وإذا قضى القاضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية ، وإن وجد بها عيبا فله أن يردها وإن كان المشترى شرط البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما فى الشراء . ولايسقط بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه .

فى صورة الشرطية فقدمها . وهو قولهم إذا سأله عن طلب المواثبة إشارة إلى ماذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد. والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول : هذا التعليل يجرى بعينه فيما إذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغى أن يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والأخذ بالشفعة من حقوق العقد ، وله يد فى الدار ، وكأن المصنف إنما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم .

فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض . قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم الخ) المشترى إذا كان وكيلا ، فإما أن يسلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة أولا ، فإن كان الثانى فهو الخصم للشفيع (لأنه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والأخذ بالشفعة من حقوقه)وإن كان الأول فالموكل هو الخصم (لأنه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يجرى بينهما مبادلة حكمية على ما عرف ، فتسليمه إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشترى ، ولو سلم إلى المشترى كان هو الخصم فكذا الموكل . فإن قيل : لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا فى الخصومة فى الشفعة إذا كانت الدار فى يد الوكيل ، كما أن الحكم كذلك فى البائع والمشترى على ماتقدم . أجاب المصنف بقوله (إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائبا عنه (فيكتفى بحضوره) والبائع ثمة ليس بنائب عن المشترى فلا يكتفى بحضوره (قوله وكذا إذا كان البائع وكيلا) ظاهر . وقوله (وكذا إذا كان البائع وصيا) يعنى يكون الخصم للشفيع هو الوصى إذاكانت الورثة صغارا . وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازا عما لايتغابن الناس بمثله، فإن بيعه به لايجوز . وقيل المراد به كون الورثة صغارا . فإن الوصىّ يبيع التركة ، أما إذا كانت الورثة كبارا لايجوز بيعه لأنهم متمكنون من النظر لأنفسهم. وقوله (وإذا قضى القاضى للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضا .

الخيار من الموكل ضررا مرضيا بتوكيله فلم يكن له الرد ، بخلاف الشفيع (قوله أما إذا كانت الورثة كبارا لايجوز بيعه) أقول : إذا لم يكن على الميت دين .

(فصل فى الاختلاف)

قال (وإن اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى) لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه . ولا يتحالفان لأن الشفيع إن كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشترى لايدعى عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص هاهنا . فلا يتحالفان .

(فصل فى الاختلاف)

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشترى شرع فى مسائل الاختلاف بينهما ، وقدم الأول لأن الأصل هو الاتفاق (قوله ولا نص هاهنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام : إنما النص فى حق البائع والمشترى مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك فى الطرفين ، ولم يوجد الإنكار هنا فى طرف الشفيع فلم يكن فى معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اهـ . واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع . وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك ، فإنه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال : فلم يكن اختلافهما فى معنى ماورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا » فلا جرم لم يجب التحالف اهـ . أقول : ليس هذا بشرح صحيح . لأن وجود معنى الإنكار من الطرفين فى اختلاف المتبايعين إنما هو فيما إذا وقع الاختلاف قبل القبض ، وأما إذا وقع بعد القبض فمعنى الإنكار هناك أيضا إنما يوجد فى طرف واحد وهو المشترى ، فكان التحالف فى تلك الصورة مخالفا للقياس ، ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » وقد مرّ ذلك كله مستوفى فى باب التحالف من كتاب الدعوى . فلو كان الوجه فى عدم كون ما نحن فيه فى معنى ما ورد فيه النص أن لايوجد معنى الإنكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض . والصواب أن وجه عدم كون ما نحن فيه فى معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشترى ليس فى معنى البائع والمشترى من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضى فلا يلحقان بهما فى حكم التحالف . وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال : وليس هذا فى معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه . لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اهـ . قال الزيلعى فى شرح هذه المسئلة من الكنز : ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين . والمشترى لايدعى على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون فى معنى ما ورد النص فامتنع القياس اهـ . أقول : الخلل فى كلامه أشد وأظهر . فإنه قال أولا : لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ، وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضا فيما لا إنكار

(فصل فى مسائل الاختلاف)

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشترى فى الثمن وهو الأصل شرع فى بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه . قال (وإن اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن الخ) الشفيع والمشترى وإن كانا بمنزلة البائع والمشترى لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لأن الشفيع يدعى على المشترى استحقاق الدار) بأقل الثمنين والمشترى لايدعى عليه شيئا فيخير الشفيع بين الأخذ والترك . فإذا وقع الاختلاف بينهما فى الثمن وعجزا عن إقامة البينة كان القول للمشترى لأنه ينكر مايدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الأقل) والقول قول المنكر مع يمينه ، ولا يتحالفان لأنه لم يرد ثمة نص ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه

(فصل فى الاختلاف)

(قال المصنف : ولا نص هاهنا فلا يتحالفان) أقول : إذ النص فى البائع والمشترى مع وجود معنى الإنكار فى الطرفين هناك ، فوجب

قال (ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : البينة بينة المشترى لأنها أكثر إثباتا) فصار كبينة البائع والوكيل والمشترى من العدو . ولهما أنه لاتنافى بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان ، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشترى ، لأنه لايتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وهاهنا الفسخ لايظهر فى حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشترى منه ، كيف وأنها ممنوعة على ما روى عن محمد ،

ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ماصرحوا به قاطبة حتى نفسه فى كتاب الدعوى ، بل الذى عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص . وقال آخرا فامتنع القياس ، ولا يخفى أن امتناع القياس لايقتضى امتناع الإلحاق بطريق دلالة النص ، فإن كثيرا من الأمور لايجرى فيه القياس ويصح إثباته بطريق الدلالة على ما عرف فى موضعه فبمجرد امتناع القياس هاهنا لايتم المطلوب ، فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف : البينة بينة المشترى لأنها أكثر إثباتا) أقول : لقائل أن يقول : البينة إنما تسمع من المدعى والمشترى لايدعى على الشفيع شيئا ولهذا لايتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا ، فلزم أن لاتصح بينة المشترى أصلا فضلا عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف . ثم أقول : يمكن الجواب عنه بأن المشترى وإن كان مدعى عليه لا مدعيا فى الحقيقة إلا أنه مدع صورة حيث يدعى زيادة الثمن ، ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته إذا أقامها ، كما فى المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف فى محله . وأما الحلف فإنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ، ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه فإنما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ، ولا يجب على المودع مع كونه فى صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه فكان للمشترى فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وإن لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجح أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر إثباتا ، وبهذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة فى شرح الوقاية فى هذا المقام وحجتهما ما ذكرنا مؤيدا به ماذكره قبله بقوله لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الأقل والمشترى ينكره ليس بسديد . وعن هذا لم يحك عن أبى حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا ، وإنما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لاتنافى الخ ، وبقوله ولأن بينة الشفيع ملزمة الخ . حكى أولاهما محمد وأخذ بها . وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكروا فى الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشترى منه) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشترى منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف فى بعض الأحكام . وإن أريد أن الوكيل

من كل وجه (وإن أقاما البينة فهى للشفيع عند أبى حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف : هى للمشترى لأنها أكثر إثباتا فصار كبينة البائع) إذا اختلف هو والمشترى فى مقدار الثمن وأقاما البينة فإنها للبائع ، وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا فى الثمن فإنها للوكيل وكبينة المشترى من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا فى ثمن العبد المأسور فإنها للمشترى لما فى ذلك كله من إثبات الزيادة (ولهما أنه لاتنافى بين البينتين) فى حق الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ماشهد عليه البينتان وفسخ أحدهما بالآخر لايظهر فى حق الشفيع لتأكد حقه فجاز أن يجعلا موجودين فى حقه (وله أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشترى لايتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول) فالجمع بينهما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما إثباتا لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشترى) فلا يمكن توالى العقدين بينهما إلا بانفساخ الأول

التحالف لذلك ، ولم يوجد الإنكار هاهنا فى طرف الشفيع لأن المشترى لايدعى عليه شيئا (قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول : فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ، ويثبت بحجة المشترى البيع بألفين ، فكان الشفيع مخيرا ، إن شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع ، وإن شاء أخذ بما أثبت بينة المشترى (قال المصنف : كيف وأنها ممنوعة) أقول : فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وأنها ممنوعة .

وأما المشترى من العلوّ فقلنا ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم . فلنا أن نمنع (وبعد التسليم نقول : لايصح الثانى هنالك إلا بفسخ الأول ، أما هاهنا فبخلافه . ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينات للإلزام . قال (وإذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى) وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان على ماقال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن . وهذا الحط يظهر فى حق الشفيع على مانبين إن شاء الله تعالى ، ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله فى مقدار الثمن مابقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله . قال (ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويترادّان ، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك ، وإن حلفا يفسخ القاضى البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع) لأن فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع . قال (وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشترى إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لأنه لما

والموكل كالبائع والمشترى فى بعض الوجوه فهو مسلم ، ولكن الشفيع والمشترى أيضا بمنزلة البائع والمشترى فى بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل فى الدفع (قوله وبعد التسليم نقول : لايصح الثانى هنالك إلا بفسخ الأول . أما هاهنا فبخلافه) أقول : يرد على ظاهره أن البيع الثانى لايصح هنا أيضا ، ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شىء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الأول ، ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضا قول المصنف فيما قبل وهاهنا الفسخ لايظهر فى حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ فى حق الشفيع ، وذلك يقتضى تحقق الفسخ فى نفسه . والجواب أن مراد المصنف بالفسخ فى قوله لايصح الثانى هنالك إلا بفسخ الأول ، أما هاهنا فبخلافه هو الفسخ فى حق الثالث وهو المالك القديم هنالك ، والشفيع هنا لا الفسخ فى حق المتعاقدين ، والذى لزم تحققه ضرورة فى الفصلين معا هو الثانى دون الأول ، فعنى كلام المصنف هنا

فتعذر التوفيق ، على أنها ممنوعة على ماروى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل صدر منه إقراران : أى بحسب ماتوجبه البينتان ، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء (وأما المشترى من العلوّ فقد ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم ، ولم يذكر فيه قول أبى يوسف . ولئن سلمنا أن البينة للمشترى فذاك باعتبار أن التوفيق متعذر ، إذ لايصح البيع الثانى هنالك إلابفسخ الأول ، وهذه طريقة أبى حنيفة فى هذه المسئلة حكاها محمد وأخذ بها (قوله ولأن بينة الشفيع ملزمة) لأنها إذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى . والملزم منها أولى لأنها وضعت للإلزام ، وبينة المشترى عليه غير ملزمة لأنها إذا قبلت لايجب على الشفيع شىء ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك ، وغير الملزم مستمر فى مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها ، وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشترى والوكيل والموكل ، فإن كل واحدة منهما ملزمة ، فلهذا صرنا إلى الترجيح للزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشترى من العلوّ لأنها غير ملزمة . قال (وإذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه الخ) إذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن فإما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض ، أو يكون القبض غير ظاهر : يعنى غير معلوم للشفيع . فإن كان غير مقبوض فإما أن يدعى البائع أقل أو أكثر ، فإن كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشترى . ووجهه المذكور فى الكتاب واضح . وقوله ولأن التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع بإيجابه ، لأنه لو لم يقل بعت لايثبت للشفيع شىء ، ألا ترى أنه لو أقرّ بالبيع وأنكر المشترى ثبت له حق الأخذ ، وإذا كان كذلك كان القول قوله . وإن كان أكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادّا بالحديث المعروف ، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك . وإن اختلفا فسخ القاضى البيع بينهما على ماعرف ، ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضى نصب ناظرا للمسلمين لامبطلا لحقوقهم (وإن كان مقبوضا أخذها بقول المشترى إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع)

استوفى الثمن انتهى حكم العقد،وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقى الاختلاف بين المشترى والشفيع ، وقد بيناه . ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به ، فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه . ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ، لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

قال(وإذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع ،وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع

أن الفسخ يظهر فى حق الثانى هنالك كما يظهر فى حق المتعاقدين ، وأما هنا فبخلافه : أى لا يظهر فى حق الثالث . وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشترى من العدو بالثمن الثانى ، وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشترى بأى الثمنين شاء . فإن قلت : نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ، ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك فى حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا فى حق الشفيع وما الفرق بينهما ؟ قلت : حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول ، وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار الإسلام ، والإخراج إليها لم يكن إلا بالبيع الثانى فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يهم ، وقد أهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر فى كثير من المواضع .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع فى بيان مايؤخذ به المشفوع وهو الذى

لما ذكر فى الكتاب وهو ظاهر ، وإن كان غير معلوم القبض فإما أن يقر البائع بالقبض أولا ، فإن كان الثانى ولم يذكره فى الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض . وإن كان الأول والفرض أن المشترى يدعى أكثر مما يقول البائع والدار فى يد المشترى فإما أن يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس،فإن كان الأول كما لو قال (بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أى بالألف (لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به) أى بالبيع بذلك المقدار تم بقوله (قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع) المتعلق بإقراره من الثمن، لأنه إن تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد ، إذ لا ملك له ولا يد، وحينئذ يجب أن يأخذ مايدعيه المشترى كما تقدم آنفا أن الثمن إذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشترى وليس له إسقاط حق الشفيع.(فيرد عليه) قبضت وإن كان الثانى كما لو قال(قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشترى (لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار أجنبيا وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن وروى الحسن عن أبى حنيفة أن المبيع إذا كان فى يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله ، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصر أجنبيا لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا ، والله أعلم .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر مايؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذى يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع (وإذا حط البائع عن المشترى) حط بعض الثمن والزيادة يستويان فى باب المرابحة دون الشفعة ، لأن

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر فى حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقى ، وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لايلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه فى البيوع (وإن زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة فى حق الشفيع) لأن فى اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها ، بخلاف الحط لأن فيه منفعة له . ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا . قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لأنه من ذوات القيم (وإن اشتراها بمكيل أوموزون أخذها بمثله) لأنهما من ذوات الأمثال ، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما فى الإتلاف والعددى المتقارب من ذوات الأمثال (وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته . قال (وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ، إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضى الأجل ثم يأخذها ،

يؤديه الشفيع لأنه ثمن والثمن تابع ، كذا فى الشروح (قوله وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل مايملكه) أقول : كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به ، لأن الشفيع إنما يتملك بمثل الثمن الذى تملك به المشترى لا بمثل المبيع الذى يملكه المشترى ، وعن هذا قلنا فيما إذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذى هو الثمن لا بقيمة الدار التى هى المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر فى المبسوط . وفى الكافى : الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هاهنا ، ولقد أحسن صاحب الكافى حيث قال : ولنا أن الشفيع يتملك بمثل مايتملك به المشترى والمثل نوعان : كامل وهو المثل صورة ومعنى ، وقاصر

فى المرابحة ليس فى التزام الزيادة حق إبطال حق مستحق ، بخلاف الشفعة فإن فى الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها ، وعلى هذا يخرج ما ذكر فى الكتاب أن البائع إذا حط عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شىء لأن حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر فى حق الشفيع لأنه إنما يأخذها بالثمن والثمن مابقى ، وإن حط بعده رجع الشفيع على المشترى بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لايلتحق بأصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بينه فى البيوع فى فصل قبيل الربا ، وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمته) أى بقيمة العرض (لأنه من ذوات القيم ، وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنه من ذوات الأمثال) وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل مايملكه فيراعى بالقدر الممكن ، فإن كان له مثل صورة ملكه بها ، وإلا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة . وقوله (بالقدر الممكن) يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهى تمنع من استحقاق الشفعة ؛ ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن . ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا ، بخلاف البيت فإن أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة . وقوله (وإن باع عقارا بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (وإذا باع بثمن مؤجل) إلى أجل معلوم (فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضى الأجل ثم يأخذها)

(قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول : أى قبل قبض المشترى الثمن من الشفيع (قوله والثمن ما بقى ، وإذا حط بعده رجع الشفيع إلخ) أقول : لفظة « ما » فى قوله مابقى موصولة ، والضمير فى قوله بعده راجع إلى القبض فى قوله إذا حط عن المشترى بعض الثمن قبل القبض (قوله لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول : لأنه يصير هبة لأنه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة فى الهبة (قوله ألا ترى أن الشفيع لو سلم الدار إلخ) أقول : فيه تأمل ، فإن التنوير المذكور لايطابق لما ادعاه بظاهره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول : أى بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول : فيه بحث .

وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) وقال زفر : له ذلك . وهو قول الشافعى فى القديم ، لأن كونه مؤجلا وصف فى الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما فى الزيوف . ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أوالمبتاع ، وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة ، وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشترى ؛ ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما إذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لايثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا . ثم إن أخذها بثمن حالّ من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل، وإن أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار

وهو المثل معنى اه (قوله وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة . قال صاحب العناية : هذا دليل آخر تقديره لا بد فى الشفعة من الرضا لكونها مبادلة . ولا رضا فى حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل . لأن الرضا به فى حق المشترى ليس برضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل. وقال: ولقائل أن يقول: لما كان الرضا شرطا وجب أن لايثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعا. وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك . والجواب أن ثبوته بدونه ضرورى ، ولا ضرورة فى ثبوت الأجل ، إلى هنا كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العينى . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن ذلك ليس بدليل آخر . بل إنما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الأجل وإن لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث أن الرضا بالأجل فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع . ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس فى الملاءة فلا احتياج أصلا إلى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا ، وإيراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه ، بل لا وجه للقول بأنه لابد فى الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خبرا ، كيف وقد صرحوا بخلافه فى مواضع شتى من كتاب الشفعة ، سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار إما بالتراضى أو بقضاء القاضى حيث جعلوا قضاء القاضى مقابلا للتراضى ، واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك (قوله ثم إن أخذها بثمن حالّ من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية : قوله وإن أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى

وإنما وصفنا الأجل بكونه معلوما ، لأنه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال : زفر : له ذلك وهو قول الشافعى)القديم (لأن الأجل وصف فى الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به) أى بالثمن (فيأخذه بأصله ووصفه كما فى الزيوف . ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما. وقوله(وليس الرضا)دليل آخر وتقريره لابد فى الشفعة من الرضا لكونها مبادلة. ولا رضا فى حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضا به فى حق المشترى ليس برضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم . ولقائل أن يقول : لما كان الرضا شرطا وجب أن لايثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعا ؛ وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك . والجواب أن ثبوته بدونه ضرورى ، ولا ضرورة فى ثبوت الأجل . وقوله (وليس الأجل وصفا فى الثمن) جواب عن قول زفر . ووجهه أن وصف الشىء يتبعه لامحالة وهذا ليس كذلك (لأنه حق المشترى) والثمن حق البائع . وقوله (وصار كما إذا اشترى شيئا) ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لامتناع قبض المشترى بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلى آخر ماذكره فى أواخر باب طلب الشفعة. وقوله (وإن أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل الخ) يوهم أن الشفيع يملكه ببيع جديد ، وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم ،

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول: الأظهر أنه جواب عما يقال الشرط وإن لم يثبت صريحا فقد ثبت دلالة، لأن الرضا بتأجيل المشترى رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس فى الملاءة) أقول : أى فى الغنى (قال المصنف : وليس الأجل وصف الثمن الخ)

كما إذا باعه بثمن حالّ وقد اشتراه مؤجلا ، وإن اختار الانتظار له ذلك ، لأن له أن لايلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية . وقوله فى الكتاب وإن شاء صبر حتى ينقضى الأجل مراده الصبر عن الأخذ ، أما الطلب عليه فى الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لقول أبى يوسف الآخر ، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب ، وهو متمكن من الأخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع .

بثمن مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك ببيع جديد وهومذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك ، بل هو بطريق تحوّل الصفقة كما هو المختار ، لكن يتحوّل ما كان مقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط فى حقه اه . واقتفى أثره الشارح أقول : هذا خبط فاحش منهما ، مداره عدم الفرق بين ما إذا قبضها المشترى فأخذها الشفيع . من يده وبين ما إذا لم يقبضها المشترى وأخذها الشفيع من يد البائع فإن الاختلاف فى أن الدار المشفوعة هل تنتقل إلى الشفيع بطريق تحوّل الصفقة أم بعقد جديد إنما هو فيما إذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشترى . وأما فيما إذا أخذها الشفيع من يد المشترى بعد أن قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها إلى الشفيع هناك بطريق تحوّل الصفقة ولا مجال له أصلا وإنما هو بطريق عقد جديد بالإجماع ولقد نادى إليه قول المصنف فى أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما إذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض . وفى الوجه الأول امتنع قبض المشترى وأنه يوجب الفسخ اه . فالصواب أن قول المصنف هاهنا ثم إن أخذها بثمن حالّ من البائع سقط الثمن عن المشترى إشارة إلى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشترى . وقوله لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكره فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها من أن العقد ينفسخ فى حق الإضافة إلى المشترى ، وتتحوّل الصفقة إلى الشفيع على ما هو المختار ، فإن قوله وإن أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان إشارة إلى صورة أخذها من يد المشترى بعد أن قبضها . وقوله لأن الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال ، وقد اشتراه مؤجلا إشارة إلى أن تملك الشفيع فى هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه فى الباب المزبور بقوله بخلاف ما إذا قبضه المشترى فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لأنه تم ملكه بالقبض اه . فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به فى الباب المزبور فلا غبار على شىء منهما أصلا (قوله وهو متمكن من الأخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية : قوله وهو متمكن من الأخذ فى الحال جواب عن قول

وليس كذلك بل هو بطريق تحوّل الصفقة كما هو المختار ، لكن يتحوّل ما كان مقتضى العقد والأجل يقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط فى حقه . وقوله (وإن اختار الانتظار) ظاهر . وقوله (لقول أبى يوسف الآخر احتراز عن قوله الأول . روى ابن أبى مالك أن أبا يوسف كان يقول أوّلا كقولهما ، ثم رجع وقال : له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب فى الحال ، لأن الطلب إنما هو للأخذ ، وهو فى الحال لايتمكن منه على الوجه الذى يطلبه لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل أوبثمن مؤجل فى الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة فى طلبه فى الحال ، فسكوته لعدم الفائدة فى الطلب لا لإعراضه غن الأخذ . ووجه قولهم اوقوله أوّلا ما ذكره فى الكتاب وفيه إغلاق ، وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به ، والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ، ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به ، وأما الأخذ فإنه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل . وقوله (وهو متمكن من الأخذ فى الحال) جواب عن قول أبى يوسف الآخر ، وتقريره لانسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس

أقول : سبق ما يتعلق بعدم وصفية الأجل فى باب التحالف (قوله لأن الطلب إنما هو الأخذ) أقول : وهو المقصود من الطلب (قال المصنف وهو متمكن من الأخذ فى الحال) أقول : وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة فى الحال (قوله وتقريره لانسلم الخ) أقول : فيه بحث ،

قال (وإن اشترى ذمى بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضىّ بالصحة فيما بينهم، وحق الشفعة يعم المسلم والذمى، والخمر لهم كالخل لنا والخنزير، كالشاة ، فيأخذ فى الأول بالمثل والثانى بالقيمة . قال (وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم فالتحق بغير المثلى. وإن كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل، فلو أسلم الذمى أخذها بنصف

أبي يوسف الآخر . وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ فى الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا انتهى . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبى يوسف الآخر كما ترى . فالتصدّى للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا ، بل هو خارج عما عليه دأب المصنف فى نظائره . وأما ثانيا فلأن منع كون المقصود به الأخذ كما ذكره الشارح المزبور فى أول التقرير مما لايفهم من عبارة المصنف فى قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه . وأما ثالثا فلأن قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ فى الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدّى الثمن حالا مما لايكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبى يوسف الآخر فى هذه المسئلة ، لأن دليله على ما ذكر فى المبسوط وفى شرح هذا الكتاب حتّى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ ، وهو فى الحال لايتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الأجل أو الأخذ فى الحال بثمن مؤجل فلا فائدة فى طلبه فى الحال ، فسكوته لأنه لم ير فيه فائدة لا لإعراضه عن الأخذ انتهى . ولايذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ فى الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدى الثمن حالا لايجدى طائلا فى دفع ما ذكر فى دليله من أنه فى الحال لايتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه ، فإن أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه ، وليس بلازم له البتة ، وخلاف أبى يوسف فى قوله الآخر فيما إذا لم يختر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار إلى حلول الأجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ فى الحال بأن يؤدى الثمن حالا جوابا عن ذلك ، والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الأخذ فى الحال الخ على تتميم دليل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافى وكثير من الشراح أخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبى يوسف الآخر : وجه ظاهر

بمتمكن من الأخذ فى الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدى الثمن حالا . قال (وإذا اشترى ذمى دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر . وقوله وشفيعها ذمى احتراز عما إذا كان مرتدا فإنه لاشفعة له سواء قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب ، ولا لورثته لأن الشفعة لاتورث (وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف : أما الخنزير فظاهر : يعنى لكونه من ذوات القيم . واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لايعشر العاشر عن قيمته كما تقدم فى باب من يمرّ على العاشر . وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الإمكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير ، بخلاف ما إذا مرّ على العاشر ، وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع إلى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين ، فإن وقع الاختلاف فى ذلك فالقول فيه قول المشترى ، مثل ما إذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن ، وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد، والإسلام

إلا أن المراد الأخذ فى الحال (قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول : وتقرير الجواب فى شرح الكاكى هكذا : قيمة الخنزير كعين الخنزير معنى ، ولكن فى كونها بمنزلة الخنزير شبهة ، فلما كان متضمنا إبطال حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة ، بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمنا إبطال حق الغير ، وفى مسألتنا يتضمن إبطال حق الغير فلم يعمل بها ، بخلاف ما إذا مر على العاشر اه . وفى شرح الكنز الزيلعى : إنما يحرم عليه تمليكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير ، وأما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم ، وهنا بدل عن الدار لاعن الخنزير ، وإنما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها .

قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لاأن يبطل ، فصار كما إذا اشتراها بكرٍّ من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا .

(فصل)

قال (وإذا بنى المشترى فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ،إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وإن شاء كلف المشترى قلعه) وعن أبى يوسف أنه لايكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك . وبه قال الشافعى ، إلا أن عنده له أن يقلع ويعطى قيمة البناء . لأبى يوسف أنه محق فى البناء لأنه بناه على أن الدار ملكه . والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا : وكما إذا زرع المشترى فإنه لايكلف القلع ، وهذا لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية أنه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير

الرواية أن حقه فى الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان له ذلك . والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر .

(فصـــل)

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع إما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير . فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بالتأخير فى فصل على حدة (قوله وهذا لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية فى تفسير قول المصنف وهذا : أى وهذا المدعى الذى قلنا وهو أن لايكلف المشترى بقلع

يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ، ولكن لايبطل حق الشفيع فى الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا ، وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر .قال :

(فصـــل)

الأصل فى المشفوع عدم التغير . والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض ، فكان جديرا بالتأخير فى فصل على حدة (وإذا بنى المشترى فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ، إن شاء أخذ الأرض بالثمن الذى اشتراه به المشترى وقيمة البناء أو الغرس ، وإن شاء كلف المشترى قلعه . وعن أبى يوسف أنه لايكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء(والغرس ، وبين أن يترك)وهوأحد قولى الشافعى،وله قول آخروهو له أن يقلع ويعطى قيمة البناء.ولأبى يوسف أنه محق فى البناء لأنه بناه على أنه ملكه ، والمحق فى شىء لايكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان.واستوضح ذلك بالموهوب له ، فإنه إذا بنى ليس للواهب أن يكلفه القلع ويرجع فى الأرض وبالمشترى شراء فاسدا إذا بنى ، وبالمشترى إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع لم يزرع اتفاقا (وهذا) أى ما قلنا إنه لايكلف (لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) ضرر المشترى وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجه ظاهر الرواية أن المشترى بنى فى محل تعلق به حق مؤكد للغير)

(فصل) وإذا بنى المشترى

(قوله فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول : يعنى ليس للشفيع أن يكلف الخ .

من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى فى المرهون، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته ، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبى حنيفة ، لأنه

البناء انتهى . وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضا ولكن بعبارات شتى . فقال صاحب العناية : أى ما قلنا إنه لايكلف ، وقال صاحب الكفاية : أى قول أبى يوسف إنه لايكلف المشترى قلع البناء . وقال صاحب معراج الدراية : أى القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس . وقال الشارح العينى : أى ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس. أقول : لقائل أن يقول: قد تلخص من جملة ذلك : أى المشار إليه بكلمة هذا فى قوله وهذا لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبى يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليلا عليه ، فينبغى أن يقول : ولأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ماهو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة . والجواب أن من عادة المصنف فى كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسئلة بعد بيان إنيتها سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الإنية واللمية وإن كان أصل المدعى واحدا وكأنهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فإنه ينفعك فى موارده وقد كنت نبهت عليه من قبل أيضا فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى لأنه يتقدم عليه) أقول : هنا كلام ، وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة فى تعليل قوله وتملك بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بهما حاكم ، لأن الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى وبين ذلك وما قال هنا تدافع . فإن المفهوم فيما ذكره هناك تقدم المشترى على الشفيع حيث يثبت الملك أولا للمشترى ثم يثبت منه إلى الشفيع بالتراضى أو بقضاء القاضى . وما ذكره هنا صريح فى تقدم الشفيع على المشترى فما التوفيق . والجواب أن المراد بما ذكره هاهنا تقدم الشفيع على المشترى فى الاستحقاق ، وبما ذكره هناك تقدم المشترى على الشفيع فى الملك ، والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه ، إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالا ثلاثة : الاستحقاق ، والاستقرار ، والتملك ، وأن الأول يثبت باتصال الملك لشرط البيع ، والثانى بالإشهاد ، والثالث بالأخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى ، فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين ، إذ كون الشفيع أقدم فى الاستحقاق لاينافى كون المشترى أقدم فى التملك كما لايخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبى حنيفة) وقال جماعة من الشراح : إن قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق ، فإن فيها تسليطا من جهته . أقول : فيه بحث ، لأن المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين : أحدهما قوله لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق . وثانيهما قوله ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف . فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثانى لأنه إن كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا إلى الوجه الأول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الأول ، وإن لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق . فالحق عندى أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ماذكر من وجه ظاهر الرواية . فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد ، فحينئذ يكون التعليل بقوله لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا إلى قوله فى وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق . ويكون

بحث لايقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى فى ذلك نقض بناؤه كالراهن إذا بنى فى المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشترى بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أى نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشترى) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا (لأنه) أى الشفيع (يتقدم عليه) أى على المشترى ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإجارته وجعله مسجدا أو مقبرة ، فكذا تنقض تصرفاته غرسا وبناء . وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض ، وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه ، وإنما قيد بقوله عند أبى حنيفة لأن عدم استرداد البائع فى الشراء الفاسد إذا بنى المشترى

حصل بتسليط من جهة من له الحق ، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لايبقى بعد البناء ، وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما فى الاستحقاق ، والزرع يقلع قياساً ؛

التعليل بقوله ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا إلى قوله فيه لأن حقه أقوى من حق المشترى فيتم التعليلان معا بلا غبار . وقال جمهور الشراح : إنما قيد بقوله عند أبى حنيفة رحمه الله لأن عدم جواز الاسترداد والبائع فى الشراء الفاسد إذا بنى المشترى فيما اشتراه إنما هو على قول أبى حنيفة ، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع فى ظاهر الرواية انتهى . أقول : لقائل أن يقول : إذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبى يوسف فى دليله المذكور فى مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا ، فإن جواز الاسترداد فى الشراء الفاسد ينافى قياس المشترى فى مسئلتنا هذه على المشترى شراء فاسدا فى أنه لايكلف القلع كما هو مذهب أبى يوسف هنا . فإن قلت : يجوز أن يكون مراده بقوله والمشترى شراء فاسدا فى دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبى حنيفة بمذهبه فى الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال فى شرح قوله والمشترى شراء فاسدا : هذا احتجاج من أبى يوسف على أبى حنيفة بمذهب أبى حنيفة . قلت : ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لأن قياسه المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه . بل ذكر بصدد إثبات مدعاه . فكيف يصلح أن يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبى حنيفة فقط من مذهبه فى الشراء الفاسد . ثم أقول : الأوجه فى التوجيه أن يقال : إن لأبى يوسف فى البناء بعد الشراء الفاسد قولين : أحدهما أن للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف فى فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع . وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبوحنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الإيضاح حيث قال : وذكر فى الإيضاح أن قول أبى يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخرا مع أبى حنيفة اهـ . وكذا لأبى يوسف فى مسئلتنا هذه قولان : أحدهما ماذكره المصنف بقوله وعن أبى يوسف أنه لايكلف القلع الخ ، وهذا ما رواه الحسن بن زياد . وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذى ذكر فى الكتاب بأن قال فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وإن شاء كلف المشترى قلعه . وهذا رواية محمد عن أبى يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلىّ بن الجعد والحسن بن أبى مالك عنه ، صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخى فى مختصره . وذكر فى غاية البيان : وإذ قد كان الأمر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبى يوسف بقوله والمشترى شراء فاسدا فى الاستدلال على أحد قوليه فى هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه فى مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد ، وهو أن لايكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبى حنيفة فيها ، ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبى حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولى أبى يوسف فيها وهو قوله الأول كما عرفت فتدبر (قوله ولهذا لايبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب

فى المشترى إنما هو قوله . وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع فى ظاهر الرواية (قوله ولأن حق الاسترداد) معطوف على قوله لأنه حصل (قوله فيهما) أى فى الهبة والبيع الفاسد (ضعيف) (ولهذا لايبقى بعد البناء ، وهذا الحق) أى حق الشفعة ويبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوى . قيل فيه نظر ، لأن الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد إنما لايبقى على مذهب أبى حنيفة ، فالاستدلال به لايصح . والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية ، أو لأنه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما . وقوله (فلا معنى لإيجاب القيمة) راجع إلى أول الكلام : يعنى إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع ، لأن الشفيع بمنزلة المستحق ، والمشترى إذا بنى أو غرس ثم استحق رجع المشترى بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك هاهنا . وقوله (والزرع يقلع) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشترى ، ولم يجب عن قوله لأن فى إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى تضمن ذلك ،

(قوله قيل فيه نظر) أقول : القائل هو الإتقانى .

وإنما لايقلع استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر ، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس ، لاعلى البائع إن أخذها منه ، ولا على المشترى إن أخذها منه . وعن أبى يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى . والفرق على ماهو المشهور أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته . ولا غرور ولاتسليط فى حق الشفيع من المشترى لأنه مجبور عليه .

غاية البيان : هذا إيضاح لضعف حق الاسترداد فى الهبة والشراء الفاسد . ولكن فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد إنما لايبقى على مذهب أبى حنيفة لاعلى مذهب أبى يوسف فكيف يحتج بمذهب أبى حنيفة على صحة مذهبه . ولأبى يوسف أن يقول : هذا مذهبك لا مذهبى ، وعندى حق الاسترداد بعد البناء باق فى الشراء الفاسد اهـ . أقول : نظره ساقط جدا : لأن هذا الإيضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد . وقوله ذلك جواب عن قياس أبى يوسف على الموهوب له والمشترى شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره ، وقياسه على المشترى شراء فاسدا إنما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشترى شراء فاسدا ، فإن كان مراده بقياسه المذكور إثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على مانبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر فى مسئلة الاسترداد وهو كقول أبى حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبى ،وإن كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبى حنيفة بمذهب أبى حنيفة كما ذهب إليه ذلك الناظر فى شرح ذاك المقام ، فلا شك فى اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والإيضاح على مذهبه ، فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبى حنيفة على صحة مذهبه . وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال : قيل فيه نظر لأن الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد إنما لايبقى على مذهب أبى حنيفة فالاستدلال به لايصح . والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أو لأنه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اهـ كلامه . أقول : فى كل من وجهى الجواب نظر . أما فى الأول فلأن المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور فى ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية . وأما فى الثانى فلأن الظاهر أن الدليل الظاهر الذى كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء فى الشراء الفاسد ثابتا به إنما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما فى البيع الصحيح فإنه المذكور دليلا على ذلك فى موضعه دون غيره ، وقد جعله المصنف هاهنا دليلا أول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثانى الذى كلامنا فيه ، تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ، ولاتسليط ولا غرور فى حق الشفيع من المشترى لأنه مجبور عليه) أقول : كان الأولى أن يقال : ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع لامن البائع ولا من المشترى

لأن الترجيح بدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة فى أصل الحق ، ولا مساواة لأن حق الشفيع مقدم ، وطولب بالفرق بين بناء المشترى فى الدار المشفوعة وصبغها بأشياء كثيرة ، فإن الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطى ما زاد فيها بالصبغ وبين أن يتركها . وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ، ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقض لايتضرر به المشترى كثيرا لسلامة النقض له ، بخلاف الصبغ . وقوله (وإذا أخذه بالقيمة) معطوف على مقدر دل عليه التخيير ، وتقريره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع ، وإن شاء أخذه بالقيمة . فإن كلفه فذاك ، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه فى الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس فاستحقت الأرض رجع بالثمن) لاغير أخذه من البائع أو المشترى (لأنه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبى يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لأنه متملك عن المشترى فنزلا منزلة البائع والمشترى ، ثم المشترى فى صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ماذكره (أن المشترى مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لأنه مجبور عليه .

قال (وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جفّ شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار . إن شاء أخذها بجميع الثمن) لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شىء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة ، بخلاف ماإذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقى بحصته لأن الفائت بعض الأصل . قال (وإن شاء ترك) لأن له أن يمتنع عن تملك الدار بماله . قال (وإن نقض المشترى البناء قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها ، وإن شئت فدع) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابله شىء من الثمن ، بخلاف الأول لأن الهلاك بآفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا . قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه إذا ذكر الثمر فى البيع لأنه لايدخل من غير ذكر ، وهذا الذى ذكره استحسان . وفى القياس لايأخذه لأنه ليس بتبع ؛ ألا يرى أنه لايدخل فى البيع من غير ذكر فأشبه المتاع فى الدار . وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار ، وماكان مركبا فيه فيأخذه الشفيع . قال (وكذلك إن ابتاعها وليس فى النخيل ثمر فأثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعا لأن البيع سرى إليه على ماعرف فى ولد المبيع . قال (فإن جدّه المشترى ثم جاء الشفيع لايأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لأنه لم يبق تبعا للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه .

ليعم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشترى ويطابق قوله فيما قبل ، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع إن أخذ منه ، ولا على المشترى إن أخذ منه . وعن هذا قال فى الكافى : ولا غرور فى حق الشفيع لأنه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه . وقال فى النهاية نقلا عن المبسوط : ولا غرور فى حق الشفيع لامن جانب البائع ولا من جانب المشترى لأنه تملك عن صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع اهـ . وردّ صاحب الإصلاح والإيضاح التعليل بالأخذ جبرا حيث قال : إنما لايرجع بقيمة البناء والغرس على أحد ، لا لأنه أخذ جبرا لأنه لايتمشى فيما أخذ بالتراضى ، بل لأنه ليس بمغرور : والمشترى إنما يرجع على البائع لأنه مغرور من جهته . أقول : ليس ذلك بشىء ، لأن قيد الجبر مأخوذ فى تعريف الشفعة على ماذكر فى عامة الكتب ، حتى أن ذلك الرادّ نفسه أيضا أخذ ذلك القيد فى تعريفها حيث قال فى متنه : الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه ، وفسر فى شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الأخذ بالتراضى أيضا حيث قال : يعنى لايعتبر اختياره لا أنه يعتبر عدم اختياره ، ولا يخفى أن توجيه هناك هو التوجيه هاهنا ، ولا يخل بالفرق بين المشترى مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار فى الأول وعدم اعتباره فى الثانى ، ولا يتوقف على اعتبار الاختيار فى الأول واعتبار عدمه فى الثانى

قال (وإذا انهدمت الدار الخ) كلامه ظاهر ، والتأمل فيه يرشد إلى أن فى قول من قال إنهم : يعنى أئمتنا زعموا أن البناء إذا احترق لم يسقط شىء من الثمن عن الشفيع ، وإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التأمل ، فإن منشأ الفرق ليس فعل الماء ، وإنما منشؤه أن البناء وصف والأوصاف لايقابلها شىء من الثمن إذا فات من غير صنع أحد ، وأما بعض الأرض فليس بوصف لبعض آخر فلابد من إسقاط حصة ماغرق من الثمن (وإن نقض المشترى البناء) فالشفيع إن شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن ، وإن شاء ترك لأن البناء صار مقصودا بالإتلاف ويقابله شىء من الثمن ، وقد مرّ فى البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا) فبقى منقولا ولا شفعة فيه . وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر . وقوله (وما كان مركبا فيه) يعنى مثل الأبواب والسرر المركبة . وقوله (على ماعرف فى ولد المبيعة) يعنى أن الجارية المبيعة إذا ولدت ولدا قبل قبض المشترى يسرى حكم البيع إلى الولد حتى يكون الولد ملك المشترى كالأم . وقوله (فى الفصلين) يريد به

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول : قوله تعسفا اسم أن فى قوله وبالتأمل فيه يرشدك إلى أن فى قول من قال الخ .

قال فى الكتاب (وإن جدّه المشترى سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الأول) لأنه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن (أما فى الفصل الثانى يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ، والله أعلم .

(باب ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب)

قال (الشفعة واجبة فى العقار وإن كان مما لايقسم) وقال الشافعى : لاشفعة فيما لايقسم ، لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة ، وهذا لايتحقق فيما لايقسم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فى كل شيء عقار أو ربع » إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال فى الملك . والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على

تأمل تقف . بقى شيء فى كلام صاحب الإصلاح والإيضاح وهو أنه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور : فلقائل أن يقول : إن كان سبب الغرور فى المشترى وعدم الغرور فى الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير إلى ما نفاه ، وإن كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضا خصمه وبين المشترى من البائع . ويمكن الجواب بأن يقال : سبب غرور المشترى التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير إليه تقرير صاحب النهاية حيث قال : إن المشترى مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور . وذلك لأن البائع التزم للمشترى السلامة اهـ . والظاهر أن خصم الشفيع وإن رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا . والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب .

(باب ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا ، لأن التفصيل بعد الإجمال كذا فى الشروح (قوله الشفعة واجبة فى العقار) قال جمهور الشراح : العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة . أقول : تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتى ذكره فى تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فى كل شيء عقار أو ربع » لأن الربع هو الدار بعينها كما صرح به فى كتب اللغة ونص عليه الشراح هاهنا ، وقد عطف ذلك فى الحديث المذكور على العقار ، والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر إدراج الدار فى معنى العقار ، اللهم إلا أن يجعل ما فى الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما فى قوله تعالى ـ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ـ لكن النكتة فيه غير واضحة ،

ما إذا كان فى النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشترى ، وما إذا لم يكن ثم ثمر ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لأن التبعية كانت به وقد زالت . وقوله (فى الكتاب) يعنى مختصر القدورى ، والله أعلم .

(باب ماتجب فيه الشفعة وما لاتجب)

ذكر تفصيل ماتجب فيه الشفعة وما لاتجب بعد ذكر الوجوب مجملا ، لأن التفصيل بعد الإجمال . قال (الشفعة واجبة فى العقار الخ) الشفعة واجبة : أى ثابتة فى العقار ، وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وإن كان مما لايقسم) أى لايحتمل القسمة كالحمام والرحى . وإنما يؤخذ بالشفعة ماكان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لأنها غير متصلة ، والمراد بالرحى بيت الرحى . والربع الدار . والحائط البستان ، وأصله ما أحاط به ، والحسب بسكون السين وفتحها فى معنى

(باب ماتجب فيه الشفعة وما لاتجب)

ما مر ، وأنه ينتظم القسمين مايقسم وما لايقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق . قال (ولا شفعة فى العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا فى ربع أو حائط » وهو حجة على مالك فى إيجابها فى السفن . ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك فى المنقول لايدوم حسب دوامه فى العقار فلا يلحق به . وفى بعض نسخ المختصر . ولا شفعة فى البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة . وهو صحيح مذكور فى الأصل . لأنه لا قرار له فكان نقليا ، وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة فى السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار . قال (والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) للعمومات ولأنهما يستويان فى السبب والحكمة فيستويان فى الاستحقاق . ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغى والعادل والحرّ والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا .

على أن عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط . ثم أقول : قال الإمام المطرزى فى المغرب : والعقار الضيعة . وقيل كل مال له أصل من دار أو ضيعة اهـ فلعل ما وقع فى الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين فى المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره . وما ذكره جمهور الشراح هاهنا مطابق للتفسير الثانى منهما ، فكأنهم اختاروه هاهنا لكونه المناسب للمقام من الشفعة كما تثبت فى الضيعة تثبت فى الدار ونحوها أيضا على ماصرحوا به. ثم اعلم أنه قال الجوهرى فى الصحاح فى فصل العين من باب الراء : والعقار بالفتح الأرض والضياع والنخل . ومنه قولهم ما له دار ولا عقار اهـ . وقال فى فصل الضاد من باب العين من الصحاح : والضيعة العقار والجمع ضياع اهـ . أقول : فى كلامه اختلال لأنه فسر العقار أوّلا بما يشمل الأقسام الثلاثة وهى الأرض والضياع والنخل . ثم فسر الضيعة التى هى مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الأخص بالأعم كما ترى (قوله ولا شفعة فى العروض والسفن لقوله عليه الصلاة والسلام « لاشفعة إلا فى ربع أو حائط ») أقول : فيه شىء ، وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة فى الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة فى غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن ، فيرد عليه أن مقتضى ذلك الحصر أن لاتثبت الشفعة فى عقار غير ربع وحائط أيضا كضيعة خالية مثلا ، وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به ؟ فإن قلت : يمكن أن يحصل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الإضافى دون الحقيقى بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالإضافة للعروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة إلى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور . قلت : من أين تفهم أن إضافة ذلك القصر إلى العروض والسفن لا إلى العروض فقط دون السفن ، ولا إلى ما يعم شيئا مما سوى العروض والسفن . وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك فى إيجابها فى السفن كما ذكره المصنف فتأمل

القدر ، واختار الجوهرى الفتح وقال : إنما تسكن فى ضرورة الشعر . وقوله (إذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة ، وليس لنفى الشفعة إذا كان له طريق فى السفل ، بل إذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة فى الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار (والمسلم والذمى فيها سواء) وقال ابن أبى ليلى : الشفعة رفق شرعى فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر . ولنا العمومات من غير فصل والاستواء فى السبب والحكمة وهى دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضى الاستواء فى الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير) وقال : لاشفعة للصغير لأنه لايتضرر بسوء المجاورة . قلنا : إن لم يتضرر فى الحال يتضرر فى المآل (ويستوى الباغى والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا) فإن كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا . وإن كان هو المولى : فإن كان عليه دين فله ذلك وإلا فلا ، وهذا لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره .

قال (وإذا ملك العقار بعوض هومال وجبت فيه الشفعة) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ماتملك به المشترى صورة أو قيمة على مامر . قال (ولا شفعة فى الدار الى يتزوّج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أويستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لأن الشفعة عندنا إنما تجب فى مبادلة المال بالمال لما بينا . وهذه الأعواض ليست بأموال ، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع . وعند الشافعى تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض ، بخلاف الهبة لأنه لاعوض فيها رأسا .

(قوله وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ماتملك به المشترى صورة أو قيمة على مامر) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : قد تقدم أن الشفعة إنما تجب فى العقار ، ومن شرطها أن تتملك بعوض هو مال . لأن مراعاة شرط الشرع وهوالتملك بمثل ماملك المشترى صورة فى ذوات الأمثال أوقيمة فى ذوات القيم على مامر فى فصل مايؤخذ به المشفوع واجبة . وهى إنما تمكن إذاكان العوض مالا . فإن الشرع قدم الشفيع على المشترى فى إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر ولهذا لاتجب فى الموهوب ، لأنه لوأخذه أخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذى تملك به المتملك اه . أقول : لقائل أن يقول : لم لايجوزأن يأخذه بلاعوض بالسبب الذى تملك به المتملك وهوالوصية بلا عوض . لايقال : لايتصور الهبة بدون رضا الواهب والمتملك لايرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض . فلا يملك الشفيع أخذه بلاعوض . لأنا نقول : مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المتملك ، وعن هذا قالوا : إن حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر فى صدر كتاب الشفعة ، فلا تأثير لحديث عدم رضا المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض فى عدم ثبوت حق الشفعة فى الموهوب ، فالوجه التام فى عدم ثبوت حق الشفعة فى الموهوب والموروث وأمثالهما ماذكر فى الكافى وغيره ، وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لأنها ثبتت بخلاف القياس بالآثار فى معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعى تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقوّمة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها) قال فى العناية : وهى مهر المثل . وأجر المثل فى التزويج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والإعتاق اه . أقول : فى قوله

قال (وإذا ملك العقار بعوض هومال الخ) قد تقدم أن الشفعة إنما تجب فى العقار ومن شرطها أن تتملك بما هو مال (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ماتملك المشترى صورة فى ذوات الأمثال أو قيمة فى ذوات القيم على مامرّ فى فصل مايؤخذ به المشفوع واجبة . وهى إنما تمكن إذا كان العوض مالا فإن الشرع قدم الشفيع على المشترى فى إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا بإنشاء سبب آخر . ولهذا لايجب فى الموهوب . لأنه لو أخذه أخذه بعوض وكان سببا غير السبب الذى يملك به المتملك وعلى هذا (لاشفعة فى الدار يتزوّج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أويستأجر بها دارا أو غيرها أويصالح بها عن دم عمد) أى غير دار من عبد أو حانوت ويصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبدا . لأن الشفيع لايقدر على تملك هذه الأشياء للمشترى حتى يتحقق التملك بمثل ماتملك به . وكان تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور وهو قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافيا . ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لأن الشفعة عندنا إنما تجب الخ استظهارا ، وعند الشافعى تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها وهو مهرالمثل وأجر المثل فى التزوّج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد فى الصلح والإعتاق (إن تعذر الأخذ بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لاعوض فيها أصلا) وقوله :

(قوله واجبة : وهى إنما تمكن إذا كان العوض مالا) أقول : قوله واجبة خبر أن فى قوله لأن مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافيا) أقول : خبركان فى قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ (قوله وقيمة الدار والعبد) أقول : كأن الكلام فى قيمة الأعواض لافى قيمة

وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لأنه لاشفعة عنده إلافيه ونحن نقول: إن تقوّم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة ، وكذا الدم والعتق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما ، وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لأنه بمنزلة المفروض فى العقد فى كونه مقابلا بالبضع ،بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ، ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة وقالا : تجب فى حصة الألف لأنه مبادلة مالية فى حقه ، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولايفسد بشرط النكاح فيه ،ولا شفعة فى الأصل فكذا فى التبع ،ولأن الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة

وقيمة الدار نظر ، إذ الكلام فى قيمة الأعواض التى جعلت بدلا للدار فى الصور المذكورة لا فى قيمة نفس الدار . والعوض فى صورة الصلح هو دم العمد ، فالواجب عند الشافعى قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار . لا يقال : لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار . لأنا نقول : لو اقتضى هذا التمام أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الأعواض المذكورة فى الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد . بل وقع التصريح بخلافه فى سائر الصور فى نفس العناية أيضا . ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لإجمال ما قلنا قال : كأن الكلام فى قيمة الأعواض لا فى قيمة الدار والعبد فتأمل اهـ . أقول : لم يصب فى زيادته العبد وإلحاقه بالدار فى المؤاخذة . فإن العبد مأخوذ فى جانب الأعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب . فكون الكلام فى قيمة الأعواض لاينافى اعتبار قيمة العبد فى صورة الإعتاق . نعم العوض إعتاق العبد لا نفس العبد . لكن من يجعل الإعتاق متقوما لابد له من المصير إلى قيمة العبد فى تقويمه ، والكلام هنا على أصله ، وأما التحقيق من قبلنا فسيجىء من بعد (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم) قال فى العناية :

أى قول الشافعى رحمه الله (يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا أومايضاهيه) أى ما يشابه المهر كبدل الخلع والأجر (لأنه لاشفعة عنده إلا فيه) حيث لايرى الشفعة لافى الجوار ولا فيما لايقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الأعواض متقوّمة ، وتقريره أن تقوم هذه الأعواض إما أن يكون مطلقا أو ضروريا : والأول ممنوع والثانى مسلم. ولكن لايظهر فى حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعتق غير متقوّم) وإنما أفردهما لأن تقومهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم. واستدل على ذلك بقوله(لأن القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لأن القيمة إنما تقوم مقام الغير من حيث المالية لابغيرها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية ، ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لأن العتق إسقاط . وإزالة الدم ليس إلا حق الاستيفاء وليس من جنس مايتموّل به ويدخر . وقوله (وعلى هذا)لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء فى كونه مقابلا بالبضع ، بخلاف ما إذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فإن فيه الشفعة لأنه مبادلة المال بالمال . واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة فى الشراء الفاسد . وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة فى الساقط لاتفضى إلى المنازعة والمفسدة ما أفضت إليها (ولو تزوّجها على دار على أن تردّ عليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار) أى فى شىء منها (وقالا : تجب فى حصة الألف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لأنه مبادلة مالية فى حقه) أى فى حق مايخص الألف ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجينى نفسك . وقوله (ولأن الشفعة) دليل آخر . وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تفضى إلى المبادلة المالية . وأما أن تكون هى المقصودة فممنوع . ووجهه أن

الدار والعبد فتأمل (قوله وإنما أفردهما) أقول : فيه شىء لايخفى جوابه (قال المصنف : ولأن الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة) أقول : تأمل فى التغاير بين الدليلين .

حتى أن المضارب إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه . قال (أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة) قال رضى الله عنه : هكذا ذكر فى أكثر نسخ المختصر ، والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله أو يصالح عليها ، لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقى الدار فى يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه ، وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه ، كما إذا أنكر صريحا ، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعى ، وإنما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية . أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه فى زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه . قال (ولا شفعة فى هبة لما ذكرنا ، إلا أن تكون بعوض مشروط) لأنه بيع انتهاء ، ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، وقد قررناه فى كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا فى العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة ، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع . قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق . والشفعة تبتنى عليه على مامر . وإذا أخذها فى الثلث وجب البيع لعجز المشترى عن الرد ، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط ،

إنما أفردهما لأن تقومهما أبعد لأنهما ليسا بمالين فضلا عن التقوّم اهـ . أقول : فيه بحث ، لأن تمامه يتوقف على كون سائر

كونها مقصودة لابد منه ؛ ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس المال ألفا فاتجر وربح ألفا ثم اشترى بألفين دارا فى جوار رب المال ثم باعها بالألفين فإن رب المال لايستحق الشفعة فى حصة المضارب من الربح لأن الربح تبع لرأس المال ، وليس فى مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال لأن المضارب وكيله فى حقه وليس فى بيع الوكيل شفعة للموكل على مايجىء فكذا فى حصة الربح وهو البيع . قال (أو يصالح عليها بإنكار الخ) عطف القدورى قوله أو يصالح عليها بإنكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التى لايجب فيها الشفعة ، وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع فى أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر . وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أى إذا لم يكن العوض من جنس حقه ، وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة . قوله (ولاشفعة فى هبة لما ذكرنا) يعنى فى قوله بخلاف الهبة لأنه لاعوض فيها رأسا (إلا أن يكون بعوض مشروط) فى العقد ، ولا بد من القبض ، فإنه إذا وهب دارا لرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقابضا (ولا بد أن لايكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء ، وقد قررناه فى كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا فى العقد فإنه لاتثبت الشفعة لافى الموهوب ولافى العوض إن كان العوض دارا (لأن كل واحدة منهما مطلقة عن العوض ، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع) ولا شفعة فى البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع ، وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كما فى البيع الفاسد ، فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح) لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك . وقوله فى الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر . وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال : والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله وإذا أخذها) أى أخذ الشفيع الدار فى مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بعجز المشترى عن الرد ، ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط

وهو للمشترى دون الشفيع ، وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها ، وكذا إذا كان للمشترى وفيه إشكال أوضحناه فى البيوع فلا نعيده . وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لايبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لايبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الأولى حين بيعت الثانية . قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع ، وبعد القبض لاحتمال الفسخ ،

الأعواض المذكورة مالا وإن لم تكن متقومة ، وليس الأمر كذلك فإنها أيضا ليست بأموال عندنا . وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الأعواض ليست بأموال ، وقوله فى باب المهر من كتاب النكاح أن المنافع ليست بأموال على أصلنا . والحق عندى فى تعليل أن تقومهما أبعد أن يقال لأنهما ليسا بمتقومين أصلا : أى لابالتقوم الضرورى ولا بغير الضرورى كما مر آنفا (قوله وفيه إشكال أوضحناه فى البيوع فلا نعيده) قال فى النهاية : هذه الحوالة فى حق الإشكال غير رائجة . بل فيه جواب الإشكال لاالإشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ . وقيل إذا كانت الحوالة فى حق جواب الإشكال رائجة كانت فى حق الإشكال كذلك ، لأن الجواب يتضمن السؤال ، وقيل لم يقل فى بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه فى كفاية المنتهى ، كذا فى العناية أخذا من معراج الدراية . أقول : لايذهب عليك أن قوله فلا نعيده يأبى عن أن يكون مراده بقوله أوضحناه فى البيوع إيضاحه فى بيوع كفاية المنتهى ، لأن ذكر شىء فى كتابه هذا بعد أن ذكره فى كفاية المنتهى لايعد إعادة ، وإلا لزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الإعادة لكونها مذكورة فى كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) قال صاحب العناية : وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسدا ابتداء . لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله اهـ . وقال بعض الفضلاء فى بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اهـ . أقول : هذا الكلام منه

وهو للمشترى دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما) أى لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشترى (فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لأنه قرر ملكه . وإقرار البائع على إقرار ملكه فى مدة الخيار نقض للبيع ، لأنه لو لم يجعل نقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشترى من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشترى (وفيه إشكال) وهو ماذكره البلخى من أن أصل أبى حنيفة أن المشترى بخيار الشرط لايملك المبيع فى مدة الخيار ، والشفعة لاتستحق إلا بالملك فكان تناقضا . وقوله (أوضحناه فى البيوع) قال فى النهاية : هذه الحوالة فى حق الإشكال غير رائجة . بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ . وقيل إذا كانت الحوالة فى حق جواب الإشكال رائجة كانت فى حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال . وقيل لم يقل فى البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة فى كفاية المنتهى . ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لالأجل خيار المشترى (قوله وإذا أخذها) يعنى أخذ المشترى بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه فى طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر . وقوله(ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعنى التى اشتراها المشترى بشرط الخيار (له) أى للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهى التى أخذها المشترى بطريق الشفعة لانعدام ملكه فى الأولى حين بيعت الثانية . قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) أول كلامه ظاهر . وفى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع

(قوله تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول : حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لاالاستمرار .

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفى إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لأنه صار أخص به تصرفا وفى البيع الفاسد ممنوع عنه . قال (فإن سقط حق الفسخ

عجيب . لأن حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع فى ابتداء العقد يوجد أيضا فيما إذا وقع بعد انعقاده صحيحا ، بل الحدوث فى الصورة الثانية أظهر وأجلى لأن الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن فى ابتداء العقد . وأما فى الصورة الأولى فهو حاصل فى الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية ، فمجرد الإتيان بالجملة الفعلية إن لم يكن ملوّحا إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوّحا إلى الأولى . والصواب أن وجه التلويح إلى ذلك هو أنه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذى هو أصل العقد . فعلم به أن المراد هو الفساد فى ابتداء العقد لاالفساد الطارئ وهذا مما لا سترة به (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد . وفى إثبات حق الشفعة تقرير الفساد) واعترض عليه بأنه لم لايجوز أن لايثبت المفسد فى حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد

فاسدا ابتداء ، لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ، ألا ترى أن النصرانى إذا اشترى من نصرانى دارا بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه يفسد البيع وحق الشفيع فى الشفعة باق لأن فساده بعد وقوعه صحيحا (قوله وفى إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعنى الأخذ بالشفعة . واعترض عليه بأنه لم لايجوز أن لايثبت المفسد فى حق الشفيع كما لم يثبت فى حقه الخيار الثابت للمشترى الذى اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع فى حقه بلا مفسد ليصل إلى حقه ، ولا يلزم تقرير الفساد . وأجيب بأن فساد البيع إنما ثبت لمعنى راجع إلى العوض ، إما بالشرط فى حقه أو الفساد فى نفسه كجعل الخمر ثمنا ، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد . وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد . وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار . وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح) جواب عما يقال : احتمال الفسخ فى البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشترى قائم ولم يمنع حق الشفعة . وتقرير الجواب أن مشترى ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة . وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنبها ، وفى الفاسد المشترى ممنوع عن التصرف فيه . والحاصل أن الفسخ وإن كان محتملا فيهما لكن فى الخيار للمشترى يملك التصرف فى الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال بإسقاطه ، وفى الفاسد لايملك لأنه ممنوع عن التصرف . واعترض بأنا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف ، بل له أن يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض ، وفيه تقرير الفساد أيضا . وأجيب بأنا لانسلم أن له ذلك بل هو منهىّ عنه ، وقد يترتب على المحظور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول ، وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممتنع ، وفى شرع الشفعة فى البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع . وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى إثبات حق الشفعة تقريره له كان كافيا . وورود الخيار للمشترى كان يندفع بقوله لدفع الفساد ، فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ، ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا ، والمشترى بالخيار إن لم يكن مالكا فهو أحق بالتصرف ، والمشترى شراء فاسدا ليس منهما . فإن سقط الفسخ بالزيادة فى المبيع كالبناء والغرس عند أبى حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت

(قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول : حتى أسلما أو أسلم أحدهما (قوله يعنى الأخذ بالشفعة) أقول : الأظهر يعنى إثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا حاجة إلى إسقاط العوض ، بل يكفى إسقاط الشرط كما فى خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول : وهو الفساد هاهنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول : فيه بحث (قوله واعترض بأنا لانسلم أنه الخ) أقول : لفظ الأخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض ، فإنه لايبقى تصرف البائع فيما إذا كان الخيار للمشترى بخلافه فى البيع الفاسد فليتأمل ، فإن قوله فى الفاسد ممنوع عنه لايتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأنا لانسلم أن ذلك) أقول : ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة ، وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة الخ) أقول : واستظهار أيضا ، وقد سبق مثله فى هذا الباب ، ثم قوله أتى بالسؤال يعنى ضمنا .

وجبت الشفعة لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشترى فهو شفيعها لأن الملك له . ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع . بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا .

وإن ثبت فى حق المشترى كما لايثبت الخيار الثابت للمشترى الذى اشتراها بشرط الخيار فى حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل فى قوله ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع . وأجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض ، إما بالشرط فى حقه أو لفساد فى نفسه كجعل الخمر ثمنا ، فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقى البيع بلا ثمن وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك . وأما الخيار فإنما يثبت للمشترى لمعنى خارج عن العوضين ، إذ هو للتأمل والتروّى . فبإسقاطه فى حق الشفيع لايلزم الفساد . فإن البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار ، هذا زبدة ما فى الشروح . وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقى البيع بلا ثمن حيث قال : فيه بحث . إذ لاحاجة إلى إسقاط العوض . بل يكفى إسقاط الشرط كما فى شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اهـ . أقول : ليس هذا بشىء ، لأن شيئا من إسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الفاسد بدون إسقاط نفس العوض مما لايتصوّر . أما الأول فلأن إسقاط الشرط المفسد الراجع إلى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى إسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه . وأما إمكان عدم إسقاط ما يصلح لأن يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد ، لأن الشفيع إنما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذ به المشترى لا بمطلق جنس الثمن . وأما الثانى فلأن اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن ، لأن مثل الخمر ليس بمال متقوّم عند أهل الإسلام . فكيف يتصوّر اعتبار القيمة لما لا قيمة له . وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوّما عندهم . لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل مايؤخذ به المشفوع . والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى

الشفعة لزوال المانع (وإن بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه ، وإن سلمها إلى المشترى فهو) أى المشترى (شفيعها ، لأن الملك له) لايقال : فى ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد . لأنا نقول : المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد فى التى أخذها بالشفعة . بخلاف ما تقدم ، فإنه لو ثبتت الشفعة ثم لا تنقل الشراء الفاسد من المشترى إلى الشفيع بوصف الفساد ، وفى ذلك تقريره فلا يجوز . فإن قيل : الملك وإن كان للمشترى وهو يقتضى ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع فى استرداد مايثبت به حق الشفعة . وهو المشترى شراء فاسدا ، فإن بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشترى بالشراء الفاسد . أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة ، كقيام حق المرتهن فى الدار المرهونة فإنه لايمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الأخذ فى تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع فى الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ، ولا تقرير هاهنا على ماذكرنا من تمكن المشترى من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم إن سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشترى (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما إذا باع بخلاف ما إذا أسلم بعده) لأن بقاء مايستحق به الشفعة فى ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط (وإن استردها) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشترى لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ، ولا تثبت الشفعة للبائع لأنه لم يكن فى وقت بيع المشفوع جارا (وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم

قال (وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا فى المبادلة المطلقة . قال (وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة فى إنشاء العقد . ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لأنه فسخ فى حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث . ومراده الردّ بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل وإن

للإيراد المذكور أصلا (قوله وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ماشرعت إلا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية : ولأنها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الإفراز وهو متعذر اه . أقول : فيه نظر . أما أوّلا فلأن كون المقاسم جارا بعد الإفراز لايقتضى ثبوت حق الشفعة له لأن سبب استحقاق الشفعة إن لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الإفراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر . وأما ثانيا فلأنه لايلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لأجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب . وقال صاحب غاية البيان : ولأنه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لأنه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه . أقول : فيه نظر أيضا . أما أوّلا فلأن المقاسم إنما كان شريكا قبل الاقتسام . وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك . وأما ثانيا فلأنّ تقدم الجار على الشريك إنما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة . وأما إذا لم يثبت له لحقها المانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك . ألا ترى أنه إذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ، ولايلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه(قوله ومراده الردّ بالعيب بعد القبض) قال جماعة من الشراح : أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاضى الردّ بالعيب بعد القبض ، وردّ عليهم ذلك صاحب العناية حيث

بالشفعة ليس بشرط . قال(وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز(ولهذا يجرى فيها جبر القاضى والشفعة ماشرعت إلا فى المبادلة المطلقة) ولأنها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الإفراز وهومتعذر(وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردّها المشترى بخيار رؤية أو خيارشرط أوبعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه)ولا فرق فى هذا : يعنى فيما إذاكان الردّ بالقضاء بين القبض وعدمه . وأما إذا ردّها بعيب بغير قضاء فإما أن يكون قبل القبض أوبعده ، فإن كان الأول فلا شفعة لأنه فسخ من الأصل ولهذا يتمكن من الردّ بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى ، وإن كان الثانى وهومراد القدورى ففيها الشفعة على ما ذكره فى الكتاب . قال الشارحون : قوله ومراده : أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض الردّ بالعيب بعد القبض . وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه ،وإنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما ،وأما رواية الكسر فمعناها . ولا شفعة فى قسمة ولا فى الردّ بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الأصل ، وأما رواية الفتح فقد أثبتها الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ، ومعناها : لاشفعة ولا خيار رؤية فى قسمة ، لأنه لو ردّه بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة ، وفيه نظر سيعلم . وأنكر فخر الإسلام كالصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره فى الكتاب والإمام قاضيخان فى شرح

(قوله وفيه نظر سيعلم) أقول : بعد أسطر .

كان بغير قضاء على ما عرف . وفى الجامع الصغير : ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية . وهو بكسر الراء . ومعناه : لاشفعة بسبب الردّ بخيار الرؤية لما بيناه . ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لأن الرواية محفوظة فى كتاب القسمة أنه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لأنهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا . وهذا المعنى موجود فى القسمة . والله سبحانه أعلم .

قال : قال الشارحون قوله ومراده : أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاضى الردّ بالعيب بعد القبض . وفيه نظر لأنه يناقض قوله هناك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه اه . وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية : وفيه كلام . وهو أنه يمكن أن يقال : مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا فى صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ماسبق فيتم كلام الشارحين كما لايخفى فليتأمل اه كلامه . يعنى يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين إن مراد صاحب الهداية بحمل قول القدورى أو بعيب بقضاء قاض على الردّ بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدورى عن اللغو . فإن الردّ قبل القبض لما كان فسخا من الأصل لم يثبت به له حق الشفعة أصلا سواء كان بقضاء أوبغير قضاء . فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الردّ بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا فى صورة عدم القبض . وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه فى الحكم فيما إذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا فيما سبق . أقول : الحق أن مراد صاحب الهداية ماذهب إليه صاحب العناية ، وأن ما ذكره ذلك البعض ساقط . أما الأول فلأنه لو كان مراده ماذهب إليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدورى وإن ردّها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغى أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردّها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض . وهذا مما لايذهب على ذى فطرة سليمة له دربة بأساليب كلام الثقات سيما المصنف . وأما الثانى فلأن عدم ظهوره فائدة التقييد بالقضاء بالنظر إلى صورة عدم القبض لايقتضى كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدورى أو بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتى القبض وعدمه ، لأن ظهور فائدة التقييد بالنظر إلى بعض أفراد الكلام العام كاف فى كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخلّ بعمومه فردا آخر أيضا ، إذا لم يكن القيد منافيا لعموم ذلك الفرد الآخر . وهاهنا كذلك فإن القضاء كما يتصوّر بعد القبض يتصوّر قبل القبض أيضا ، غاية الأمر أن تأثير القضاء فى عدم ثبوت حق الشفعة إنما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف .

الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما إذا كانت التركة مكيلا أو موزونا من جنس واحد لأن الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لأن نصيبه فى القسمة الثانية إما أن يكون غير ما وقع فى الأولى أو مثله ، ولا فائدة فيه . فأما إذا كانت عقارا أو غيره فإنهم إذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا ، والله أعلم .

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة (وكذلك إن أشهد فى المجلس ولم يشهد على أحد

(باب ما يبطل به الشفعة)

لما كان بطلان الشيء يقتضى سابقة ثبوته ذكر مايبطل به الشفعة بعد ذكرما يثبت به الشفعة (قوله وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهويقدرعلى ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب)فإن قيل : جعل ترك الإشهاد هاهنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا فى باب طلب الشفعة أن الإشهاد ليس بلازم ، وإنما هو لنفى التجاحد ، وكذلك ذكر فى الذخيرة وغيرها أن الإشهاد ليس بشرط ، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب فى الكتب بطريق الاحتياط ، حتى لو أنكر المشترى هذا الطلب يتمكن الشفيع من إثباته لا لأنه شرط لازم . ولما لم يكن الإشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما ؟ قلنا : يحتمل أن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب المواثبة ، ولكن لما كان طلب المواثبة لاينفك عن الإشهاد فى حق علم القاضى سمى هذا الطلب إشهادا ، والدليل على هذا ماذكره من التعليل فى حق ترك طلب المواثبة مثل ماذكره من التعليل هاهنا . كذا فى النهاية ومعراج الدراية . واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الإشهاد المذكور هاهنا بطلب المواثبة حيث قالا : وإذا ترك الشفيع الإشهاد : أى طلب المواثبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية . وفسره صاحب العناية أيضا بما فسراه به ولكن قال بعده : وإنما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط . فإن ترك ما ليس بشرط فى شيء لايبطله . ويعضده قول المصنف من قبل : والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة ، وقوله هاهنا لإعراضه عن الطلب إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل ، لأن جعل قول المصنف هنا لإعراضه عن الطلب عاضدا : أى معينا لكون المراد بالإشهاد المذكور فى الكتاب هاهنا نفس طلب المواثبة صحيح ، إذ لوكان الإشهاد هاهنا على معناه الظاهرى لقال فى تعليل بطلان الشفعة بتركه لإعراضه عن الإشهاد دون أن يقال لإعراضه عن الطلب . وهو الذى أشار إليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ماذكره من التعليل فى حق ترك طلب المواثبة

(باب ما يبطل به الشفعة)

تأخير البطلان عن الثبوت مما لايحتاج إلى بيان وجه . اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لايصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم ، لأن تسليم الشفعة إسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط ، والمسقط إليه كالطلاق والعتاق (قوله وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم) يعنى طلب المواثبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته . وإنما فسرنا بذلك لئلا يرد ماذكر قبل هذا أن الإشهاد ليس بشرط . فإن ترك ما ليس بشرط فى شيء لايبطله . ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة : أى طلب المواثبة . وقوله هاهنا لإعراضه عن الطلب ، وهذا يعنى اشتراطه بالقدرة (لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة) فالإعراض يتحقق عند القدرة ، حتى لوسمع وهو فى الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على

(باب مايبطل به الشفعة)

(قال المصنف : وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول : قوله حين علم إشارة إلى ماعليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار إليه فى باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعنى طلب المواثبة) أقول : يعنى ترك نفس طلب المواثبة مطلقا أشهد أولا .

المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم . قال (وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته وردّ العوض) لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل . بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه . ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط .

مثل ما ذكره من التعليل هاهنا اه . وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله فى الكتاب أشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا أيضا لذلك فليس بصحيح ، إذ لايذهب على ذى مسكة أن مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله فى الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لاطلب التقرير . وليس مراده أن المراد بقوله فى الكتاب أشهد على طلب المواثبة ، إذ لو كان كذلك لكان معنى ما فى الكتاب طلب فى مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد . والمفسر هاهنا بطلب المواثبة نفس الإشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصوّر أن يكون أحدهما عاضدا للآخر (قوله وإن صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض . لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه . ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وإن صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض . أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل لأنه مجرد حق التملك . وما ليس بحق متقرر فى المحل لايصح الاعتياض عنه . وأما ردّ العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لايتعلق بالجائز من الشرط : يعنى الشرط الملائم . وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال ، مثل قول الشفيع للمشترى سامتك شفعة هذه الدار إن أجرتنيها أو أعرتنيها . فبالفاسد وهو ماذكر فيه المال أولى اه كلامه . أقول : هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح . لأنه وزع تعليل المصنف بقوله لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر

شفعته . وكذا إن طلب المواثبة وترك طلب التقرير والإشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (وإن صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة وردّ العوض) أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرّر فى المحل لأنه مجرد حق التملك . وما ليس بحق متقرّر فى المحل لايصح الاعتياض عنه . وأما ردّ العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لايتعلق بالجائز من الشرط : يعنى الشرط الملائم وهو أن يعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمتك شفعة هذه الدار إن أجرتنيها أو أعرتنيها (فبالفاسد) وهوماذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره أن ماكان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم ، لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه ، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم لأنه إعراض عن لازم الأخذ ، وإذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الإسقاط بطل الشرط وصح الإسقاط . لايقال : لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به . لأنا نقول : ثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال. وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة ، لأن ذلك على وجهين : أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف

(قوله فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول : على هذا التقرير لايوجد شرط إنتاج الشكل الأول إلا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول ، والأحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر ، وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثانى (قوله و أما رد العوض فلأن حق الشفعة الخ) أقول: والحق عندى أن قوله لأن حق الشفعة دليل على رد العوض . وقوله ولا يتعلق إسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارح ، وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفيصل . ثم قوله إسقاط مبتدأ ، وقوله لايتعلق الخ خبره (قوله وهو أن تعلق إسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول : لايخفى عليك أن الشرط المذكور فى مثل قول الشفيع أسقطت شفعتى فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملائم على ما ذكره من التفسير وغير ملائم على ما ذكره فى بيان الفاصل فليتأمل (قال المصنف : فبالفاسد أولى) أقول : وهوشرط الاعتياض عن حق ليس بمال . فإن قلت : متى ثبت فساده . قلت : فى الدليل الأول فليتأمل (قوله ونحوها فهو ملائم) أقول : كالمزارعة والمعاملة (قوله لايقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول : إذا كان المراد بالفساد عدم الملاءمة لايتوجه السؤال (قوله لأنا نقول : ثبت بالدليل الأول) أقول: دلالة الدليل الأول على فساد كلا الشرطين لاالثانى فقط تأمل (قوله إذا كان على بعض الدار صح) أقول : لأن بعض الشيء لايكون عوضا عنه .

. . . .

فى المحل الخ إلى قوله بطلت الشفعة وإلى قوله ورد العوض ، فجعل قوله لأن حق الشفعة إلى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة ، وجعل قوله ولا يتعلق إسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب . ولا يخفى على ذى فطرة سليمة متأمل فى كلام المصنف بأدنى تأمل أن حق التوزيع على عكس ذلك ، وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد إليه جدا التفريعات المذكوران فى ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع : أعنى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فى الأول وقوله فيبطل الشرط ويصح الإسقاط فى الثانى تبصر. واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى حيث قال : ولنا فيه نظر ، لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ، ألا يرى إلى ما قال محمد فى الجامع الكبير : لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره ، أو قال للبائع سلمتها لك إن كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط ، وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد ، وما كان إسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك إلا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اهـ . قال الشارح العينى بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية : قلت : استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبى المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير حيث قال فيه : فإن قيل : إذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا ، لأنه إنما أبطل حقه بشرط سلامة العوض . فإذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كما فى الكفالة إذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة . قيل له بأن المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير فى باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شىء ، كذا هنا . وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ماذكر محمد فى كتاب الشفعة من المبسوط ، وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط فى رواية أبى حفص ، وعلى ما ذكر فى كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط فى رواية أبى سليمان لا يبرأ ، ويحتاج إلى الفرق ، والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فإن الثمن سلم له ، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسليم فلابد من القول بسقوط حقه فى الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلا فلا يسقط حقه فى الكفالة اهـ . ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور إلى هنا لفظ شرح العينى . أقول : لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور فى كلام الشيخ أبى المعين الجواب عن النظر المزبور ؛ بل لا مساس له بذلك لأن ما وقع من السؤال والجواب فى كلام الشيخ أبى المعين متعلق بأصل المسئلة ، والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهى قوله ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما بمعزل عن الآخر ، كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبى المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال : وأورد الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع سؤالا وجوابا فى هذا الموضع . قال : فإن قيل : إذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضا إلى آخر كلامه . ثم أورد نظره المذكور فى حاشية أخرى ، ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى . ثم قال صاحب العناية : وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين : أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن ؛ وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض . والثانى أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن . والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الإعراض اهـ . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأنا لا نسلم أن فى قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة ، إذ لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك إلا بطريق مفهوم المخالفة ، ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض ، وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا ، إذ لا يصلح شىء منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح

الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الإعراض. والثانى أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن ؛ والصلح فيه لا يجوز لأن

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا، بخلاف القصاص لأنه حق متقرر، وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض، والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية. وفي أخرى: لاتبطل الكفالة ولا يجب المال. وقيل هذه رواية في الشفعة، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه. قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعي: تورث عنه. قال رضي الله عنه: معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة. أما إذا مات

في جميع هذه الصور بلا عوض، وأن مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا. فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما. نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ماصرح به في المبسوط وعامة المعتبرات. لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب إليه كما ادعاها صاحب العناية. وأما ثانيا فلأن تعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الإعراض مما لايكاد يتم. لأن فقد الإعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على مانص عليه. فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)

حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الإعراض. قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان إعراضا. فإن قيل: حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح. أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حق متقرر. والفاصل بين المتقرر وغيره أن مايتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر. واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص، فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص، وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقررا، فأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا: وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل. ونظيره إذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار، ولا يثبت العوض لأنه مالك لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لايجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة. والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص. وقيل وعليه الفتوى: ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لاتبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لاتسقط إلا بتمام الرضا ولهذا لاتسقط بالسكوت، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال. وأما حق الشفعة فليس كذلك لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به. وقيل هذه الرواية: أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لاتسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لاتبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط. قال (وإذا مات الشفيع بطلت شفعته الخ) إذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلبين ثم مات قبل الأخذ، فإما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم

(قال المصنف: وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول: يعني آنفا وأنت تعلم أن ما بينه لايفي بتمام المدعى هاهنا، إذ لاإسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقررا) أقول: يعني كان القصاص حقا متقررا (قوله فأما في الشفعة فإن المشتري الخ) أقول: فيه بحث، إذ حق الشفعة إنما يثبت للشفيع لا المشتري، وذلك تغير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل ثمنه. وبعبارة أخرى إن الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل ثمنه، وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتأمل فيه فجوابه غير خفي (قوله ووجهه أن حق الكفيل في الطلب الخ) أقول: ولعل الإضافة لأدنى ملابسة. والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لاتسقط بالسكوت)

بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته . وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى البيوع . ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرطا فلا يستوجب الشفعة بدونه (وإن مات المشترى لم تبطل) لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ، ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى المشترى فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حياته. قال (وإذا باع الشفيع مايشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة كما إذا سلم صريحا أو إبراء عن الدين وهو لا يعلم به ، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال فبقى الاتصال . قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ، ووكيل المشترى إذا ابتاع فله

أشار به إلى قوله لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل ، بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه . كذا فى الشروح . قال بعض الفضلاء : وأنت تعلم أن ما بينه لا يفى بتمام المدعى هنا ، إذ لا إسقاط فى البيع فلابد من ملاحظة مقدمة أخرى اهـ . اقول : نعم لا إسقاط فى البيع الحقيقى ، وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر ، إلى قوله فلا يصح الاعتياض عنه ، فإنه إذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن

المشترى إليه أو بعد ذلك ، فإن كان الأول بطلت شفعته وليس لورثته أن يأخذوها ، وإن كان الثانى فلهم ذلك . وقال الشافعى : الأول كالثانى بناء على أصله أن الحقوق تنتقل إلى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها أو لم تكن ، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته . وقلنا : الشفعة بالملك وقد زال بالموت ، والذى يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء ، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع تسقط ، وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط فى أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الأخذ والترك ، وإن مات المشترى لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار فى دين المشترى ووصيته) أى لا يقدم دين المشترى ووصيته على حق الشفيع ، لأن حق الشفيع مقدم على حق المشترى كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له . فإن باعها القاضى أو وصيه فى دين الميت فللشفيع أن يقضيه كما لو باعها المشترى فى حياته . لا يقال : بيع القاضى حكم منه فكيف ينتقض بأنه قضاء منه بخلاف الإجماع للإجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشترى فلا يكون نافذا ، وإذا باع الشفيع مايشفع فيه قبل القضاء بها . فإما أن يكون باتا أو بالخيار له ، فإن كان الأول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أى ولأن زوال السبب مبطل (يزول به) أى بالبيع ، وإن لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط ، كما إذا سلم صريحا أو إبراء عن الدين ولا يعلم أن له دينا وطولب بالفرق بينها ، وبين ما إذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشترى أو استأجرها منه ، فإن علم بالشراء سقطت وإلا فلا . وأجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم ، وإنما تسقط بها لدلالته على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والإبراء ، ورد بأن بيع مايشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وإن لم يعلم . وأجيب بأن بقاء مايشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له فى قوة الدلالة ، وإن كان الثانى لم تبطل شفعته لأن الخيار يمنع الزوال فبقى الاتصال. قال (ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الأصل وهو أن من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع

أقول : أى بسكوت الطالب (قال المصنف : ولأنه بالموت يزول ملكه) أقول : عطف على المعنى كأنه قال لما مر فى البيوع ولأنه (قوله لأن العلم بالمسقط الخ) أقول : لعل المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وإن كان الثانى الخ) أقول : معطوف إلى ما تقدم بثمانية أسطر تخمينا وهو قوله فإن كان الأول بطل شفعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول : وهو راجع إلى قوله رجلا (قال المصنف : ووكيل المشترى إلى قوله : لاشفعة له) أقول : قال فى غاية الوقاية : من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له

الشفعة) والأصل أن من باع أو بيع لاشفعة له ، ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة . لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى فى نقض ماتم من جهته وهو البيع ، والمشترى لاينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له . لأن البيع تم بإمضائه . بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى قال (وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن فى الأول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر مابيع به فى الثانى إذ الجنس مختلف ، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألفا أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير ، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر . وقال زفر : له الشفعة لاختلاف الجنس . ولنا أن الجنس متحد فى حق الثمنية .

بيعا حقيقيا لأنه من المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاوضات أصلا فلا جرم كان إسقاطا فتم به المطلوب هنا . وعن هذا قال فى المبسوط : لو باع شفعته بمال كان تسليما ، لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لايحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اهـ (قوله وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا . لأن إطلاق ما ذكره فى المبسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال فى المبسوط : وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض أن قيمة المكيل والموزون أقل من قيمته التى اشتراها به أو أكثر ، وكذلك تعليله دال عليه ، وكذلك ماذكره فى الإيضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه ، وهكذا أيضا استدل فى الذخيرة بما ذكره فى المبسوط وقال : فلو أخبر أن الثمن شىء

أو بيع له كرب المال إذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له . ومن اشترى لوكيل المشترى أو اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر فى الكتاب . وهو أن الأول يسعى فى نقض ماتم من جهته وهو البيع ، والثانى ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء فى كونها رغبة فى المشفوعة والشفعة إنما تبطل فى الرغبة عنها (وكذلك)أى كوكيل البائع لو ضمن المشترى الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له . لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشترى إلا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة سعيا فى نقض ما تم من جهته (وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بحنطة أو بشعير قيمته ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته . أما فى الأول فلأنه إنما سلم استكثارا بالثمن المذكور ، فإذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه . قال فى النهاية : كأنه قال : سلمت إن كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتفى بانتفاء شرطه . وفيه نظر سيأتى . بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف . فإن مستكثر الألف أكثر استكثارا للأكثر فكان التسليم صحيحا . وأما فى الثانى فلأنه ربما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر مابيع به ، إذ الجنس مختلف . قال فى النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد . فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالأولوية ، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى

كرب المال إذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ، ومن اشترى كوكيل المشترى أو اشترى له كالموكل بالشراء له فله الشفعة الخ اهـ كلامه ، معناه الموكل بالشراء إذا كان شفيعا للدار المشفوعة ، وإن كان الآخر الأدنى منه سقط به . وإن ساواه تناصفا (قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول : هذا لايدفع كلام صاحب النهاية ، فإنه لاكلام فى إيهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره ، فالأولى هو الإطلاق .

قال (وإذا قيل له إن المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشترى هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لأن التسليم لم يوجد فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة . وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لأن التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه .

هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على الشفعة ، هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسى . ثم قال : فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال إلى هنا لفظ النهاية ، وقال صاحب العناية : قال فى النهاية : تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالأولوية ، فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لا يصح إذا ظهر أقل أولى اه . أقول : ماذكره صاحب العناية لايدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع فى عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد ، فإنه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما إذا كان قيمتها ألفا أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفا ، أو أكثر غير مفيد قطعا ، فإن لم يكن مخلا بناء على إيهامه فى بادئ الرأى تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا ، وإن عدّ السلوك مسلك الدلالة بالأولوية مع كونه أمرا مبهما فى هذا المقام كفى أن يقال قيمتها أكثر فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلأن لايصح فيما إذا ظهر أقل منه أو مساويا له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيدين (قوله وإذا قيل له إن المشترى فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعنى لتفاوت الناس فى الجوار ، فالرضا بجوار هذا لايكون رضا بجوار ذاك كذا فى الكافى . قال محمد رحمه الله عليه فى الجامع الكبير : لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط . وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده اه . وقال صاحب العناية هاهنا بعد نقل ما قاله محمد فى الجامع : وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ه ولايخفى أن كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذى أورده الشارح

فلأن لايصح إذا ظهر أقل كان أولى ، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب لكونه فى معنى المكيل ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر . لأن الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ؛ ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم ، وإن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له . وقال زفر : له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما . ولنا أنهما جنس واحد فى حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة (وإذا قيل للشفيع إن المشترى فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لايكون رضا بجوار غيره . قال محمد رحمه الله فى الجامع : لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الأبعد وجوده ، وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى . وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى يوسف على عكس هذا ، لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف ، وقد تكون حاجته إلى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع .

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول : وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط ، فما سبق كان من الشروط التى تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجواز مطلقا ، بخلاف ما ذكر هاهنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض ، إذ لاقدرة له لأخذه ، وكذا تسليمه لزيد لايدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل .

(فصل)

قال (وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع منها فى طول الحدّ الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . قال (وإذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الأول دون الثانى) لأن الشفيع جار فيهما ، إلا أن المشترى فى الثانى شريك فيتقدم عليه ؛

الإتقانى فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه ، وذكرنا مايتعلق به من الكلمات هنالك . وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال : وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط ، فما سبق كان من الشروط التى تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا ، بخلاف ما ذكر هنا فإنه إذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الإعراض . إذ لا قدرة له على أخذه ، وكذا تسليمه لزيد لايدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل اهـ كلامه . أقول : هذا ليس بسديد . لأن حاصله حمل الشرط المذكور فى كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذى يدل على الإعراض ، وحمل الشرط المذكور فى كلام الإمام محمد فى الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذى لايدل على الإعراض . ولا يخفى على الفطن أن شيئا من كلاميهما لايساعد ذلك أصلا . أما كلام المصنف فلأنه قال : ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ، ولا شك أن أولوية عدم تعلق إسقاطه بالفاسد من عدم تعلق إسقاطه بالجائز من الشرط إنما تظهر إذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك فى الفاسد . وأما كلام الإمام محمد فلأنه قال : لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط . ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة إسقاطا محضا إنما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين ، سيما الشرط الذى لايدل على الإعراض ، فإن كونه إسقاطا يقتضى الإعراض دون عدم الإعراض . تأمل تقف .

(فصـــل)

لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الأحوال علم تلك الأحوال فى هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به . وفى استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه . كذا فى العناية وغيرها . ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه أن البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج إلى استعمال الحيلة لإسقاط شفعته ؟ تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال : قول صاحب العناية يتأذى به فى قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال فى استيفاء الثمن . وقال : ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان للبائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اهـ . أقول : الأظهر عندى أن يقال المقصود من إسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذى يتأذى به دفع تأذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق . لادفع مجرد تأذى نفس البائع . ولا يذهب عليك أن هذه

(فصـــل)

لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الأحوال علم تلك الأحوال فى هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به . وفى استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه ، وكلامه واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانقطاع الجوار . وقوله (إلا أن المشترى فى الثانى شريك) لأنه حين اشترى الباقى كان شريكا بشراء الجزء الأول ؛

(فصـــل : وإذا باع دارا)

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به) أقول : فى استيفاء الثمن ، ويجوز أن يقال ذلك فيما إذا كان للبائع دار أخرى وراء

فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهما مثلا والباقى بالباقى ، وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر ، والثمن هو العوض عن الدار . قال رضى الله عنه : وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ، إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الثانى فيتضرر به . والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير .قال (ولا تكره الحيلة

الفائدة مما تتحقق فى كثير من الصور ، بخلاف ماذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب ردّ الدينار لاغير) قال صاحب النهاية : وبيان ذلك ما ذكره فى شفعة فتاوى قاضيخان فقال : ومن الحيلة أنه إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقى عشرة دنانير أو أقل أو أكثر ، فلو أراد الشفيع أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة ، ولو استحق الدار على المشترى لايرجع المشترى بعشرين ألفا ، وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف اهـ. واقتفى آثره صاحب العناية فى بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور فى فتاوى قاضيخان . إلا أنه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف حيث قال : وقوله والأوجه الخ تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم إلى آخر ماذكر فى النهاية معزيا إلى فتاوى قاضيخان . أقول : لايذهب على ذى فطنة أن معنى كلام المصنف هذا ليس عين ماذكر فى فتاوى قاضيخان . وفى الشرحين المزبورين : فإن معنى كلامه أن يباع بكل الدراهم التى هى الثمن دينار . ومعنى ماذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقى دنانير ، وعن هذا قال المصنف فيما إذا استحق المشفوع فيجب ردّ الدينار لاغير . وقالوا ثمة لايرجع المشترى بعشرين ألفا ، وإنما يرجع بما أعطاه . نعم كلا العينين مشتركان فى أن يعما الجوار والشركة وأن لايتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار فى شىء منهما فصار أحدهما نظير الآخر فى الحيلة لاعينه ، فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانا وشرحا للآخر كما لايخفى (قوله ولا تكره الحيلة

واستحقاق الشفيع الجزء الأول لايبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه بعد فيتقدم على الجار .وقوله (فإن أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع فى الشفعة ، والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة . وقوله (إلا إذا استحقت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى: يعنى أنها حيلة عامة ، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لأنه يبقى كل الثمن على مشترى الثوب وهو بائع الدار يتضرّر به : أى برجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن الذى هو أضعاف قيمة الدار . وقوله (والأوجه الخ) تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب فى الشفعة . ولو استحقت الدار على المشترى لايرجع المشترى بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه ؛ لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف ، كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف . وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة فى هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه . فالأول مثل أن يقول المشترى للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك فى الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة ، وهو مكروه

الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق الشفيع الجزء الأول لايبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه) أقول : قوله قبل متعلق بقوله شفعة ، والضمير فى لكونه راجع إلى الجزء الأول ، والضمير فى قوله ملكه راجع إلى المشترى (قوله تقريره إذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول : أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقريرا لما فى الكتاب ، بل ذلك التقرير حيلة أخرى تعم الجار والشريك على ماذكره الإمام الزيلعى ، وتقرير ما فى الكتاب على أن يدفع إليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ، ثم إذا استحق العقار تبين أن لادين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لاغير فليتأمل .

فى إسقاط الشفعة عند أبى يوسف وتكره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة مادفعناه. ولأبى يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يعدّ ضررا ، وعلى هذا الخلاف الحيلة فى إسقاط الزكاة.

(مسائل متفرقة)

قال (وإذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم . وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر ، وفى الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة . ولا فرق فى هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح ، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه مالم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدى إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين . بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع . وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة ، لأن العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن ، وهاهنا تفريعات ذكرناها

فى إسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال فى العناية أخذا من النهاية ومعراج الدراية : اعلم أن الحيلة فى هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه . فالأول مثل أن يقول المشترى للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك فى الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع . والثانى مختلف فيه . قال بعض المشايخ : غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد وهو الذى ذكر فى الكتاب . وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة . ومنهم من قال : لاتكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف ، وإنما الخلاف فى فصل الزكاة انتهى . أقول : فى هذا التقرير شىء ، وهو أنه

بالإجماع . والثانى مختلف فيه . قال بعض المشايخ : غير مكروه عند أبى يوسف مكروه عند محمد رحمهما الله . وهو الذى ذكر فى الكتاب ، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة . ومنهم من قال : لاتكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف ، وإنما الخلاف فى فصل الزكاة .

(مسائل متفرقة)

ذكر مسائل متفرقة فى آخر الكتاب كما هو المعهود فى ذلك ، ولم يذكر محمد فى الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه ، وألفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه (قوله فيتضرّر به) أى بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هى زيادة ضرر التشقيص . فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا . وقوله (ولا فرق فى هذا) أى فى جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشترى الدار وبعده . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدورى . قال : روى عنه أن المشترى إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض ، لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة . وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشترى وقد أخذ منه جميع ملكه . وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعنى أن أحد المشتريين إذا نقدما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع . وقوله (لأن العبرة فى هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ، وإن لحق المشترى ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا

(مسائل متفرقة)

(قوله يتضرر به الدخيل ضررا زائدا) أقول : يعنى على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول : وجوابه أن يحبس الجميع

فى كفاية المنتهى . قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة فى الهبة ، والشفيع لاينقض القبض وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع ، فكذا لاينقض ما هو من تمامه ، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه . لأن العقد ما وقع مع الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته . ثم إطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو المروى عن أبى يوسف . لأن المشترى لايملك إبطال حقه بالقسمة . وعن أبى حنيفة أنه إنما يأخذه إذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لأنه لايبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر . قال (ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة . وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء . وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء . بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ، ولا شفعة لمن يبيع له . قال (وتسليم الأب والوصى الشفعة على الصغير جائز

إما أن يراد بالإجماع والاختلاف فى قوله وهو مكروه بالإجماع ، والثانى مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم فى نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم فى الرواية . وأياما كان لايخلو التقرير المذكور عن اضطراب . أما على الأول فلأن القطع بكون الثانى مختلفا فيه لايكون تاما حينئذ . لأن اختلاف الاجتهاد فى الثانى إنما كان على قول بعض المشايخ من الرواة . وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين فى عدم كراهة الحيلة فى هذا الفصل وإنما الخلاف بينهم فى فصل الزكاة كما ذكره . وأما على الثانى كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشايخ غير مكروه الخ ، فلأن القطع بكون الأول مكروها لايصح حينئذ لأن شمس الأئمة السرخسى روى عدم كراهة الاحتيال فى باب الشفعة على كل حال حيث قال فى باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ماذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لإبطال حق الشفعة : لا بأس به ، أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه ، وكذلك

العيب حيث اشترى كذلك . وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم فى كتاب البيوع (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشترى ادفع إلى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض فى الهبة بالقسمة ، والشفيع لاينقض القبض) ليعيد الدار إلى البائع (وإن كان له فيه نفع بعود العهدة إلى البائع فكذا لاينقض ما هو من تمامه ، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع نصيبه) فإن للشفيع نقضه (لأن العقد ما وقع مع الذى قاسم) فإنه لم يجر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع . بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة ، وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (وإطلاق الجواب فى الكتاب) أى فى الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى (يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان ، وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله) والباقى ظاهر . قال (وتسليم الأب والوصى الشفعة) قد ذكرنا أن الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم فى سببه ، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم جده أبو أبيه ثم وصيه ثم الوصى الذى نصبه القاضى ، فإن لم يكن

إلى أن يستوفى جميع الثمن فلا يؤدى إلى تفريق اليد عليه (قوله فإنه لم يجر بين المتعاقدين) أقول : أى المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحمل الخ) أقول : لم يذكر الحمل فيما تقدم : يعنى فى باب ما يجب فيه الشفعة

عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر رحمهما الله : هو على شفعته إذا بلغ) قالوا: وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبيّ فلم يطلبا الشفعة ، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح . لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده . ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به . ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه ، ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبيّ صح رده من الأب والوصيّ ، ولأنه دائر بين النفع والضرر . وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض . وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها . فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه . قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا . وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي ، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة . فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف . والله أعلم .

بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشترى الإضرار به وإنما قصده الدفع عن ملك نفسه . ثم قال: وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لإسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى . قال الإمام قاضيخان في فتاواه . ذكر محمد رحمه الله عليه في الأصل : الحيلة في إسقاط الشفعة ، ولم يذكر الكراهة . قالوا: على قول أبي يوسف لا تكره ، وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكره . وقال بعض المشايخ : تكره الحيلة لإسقاط الشفعة بعد الوجوب لأنه احتيال لإبطال حق واجب ، وقبل الوجوب إن كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به . وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي : لا بأس بالاحتيال لإبطال حق الشفعة على كل حال. أما قبل وجوب الشفعة

أحد هؤلاء فهو على شفعته إذا أدرك فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد وزفر رحمهما الله : هو على شفعته إذا بلغ . قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي لأن الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي ، وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا . وعند محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح منه التسليم أصلا . وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى أن محمدا مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته) وفي بعض النسخ كدينه بالنون ، والأول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط . لأنه قال : كالإبراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له (ولأنه شرع لدفع الضرر) وفي إبطاله إضرار به . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه في معنى التجارة لأنه يملك العين فيملكانه . يوضحه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز . فكذلك إذا سلمها إليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة ، بخلاف البيع منه ، ووضحه بقوله (ألا ترى) وهو واضح . وقوله(ولأنه دائر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود ، لأن النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه. بخلاف الدية والقود فإن تركهما ترك بلا عوض فيكون إضرارا به . وقوله (وسكوتهما كإبطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكوتهما كإبطالهما (لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها) أو الغبن اليسير من المثل (فإن بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قيل جاز التسليم بالإجماع)يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لأنه تمحض نظرا . وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الأصح) لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم (كالأجنبي) فيكون الصبي على حقه إذا بلغ (وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة . فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما ، وإذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لأنهما لم يريا تسليمها

(قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول : خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي) أقول : يعني في محل الخصومة الخ .

(كتاب القسمة)

القسمة فى الأعيان المشتركة مشروعة، لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام باشرها فى المغانم والمواريث، وجرى

فلا شك : كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة ، وبعد وجوب الشفعة لايكره الاحتيال أيضا لأنه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا لإضرار بالغير . فظاهر ماذكر فى الكتاب دليل على هذا ، إلى هنا لفظ فتاوى قاضيخان .

(كتاب القسمة)

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة ، فأحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة. هذا زبدة ما فى عامة الشروح . وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك: أو لأن القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم . فإذا وقعت الحدود وصرّفت الطرق فلا شفعة » والنفى يقتضى سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة : والمتضادان يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفى كما فى الأمر والنهى والنكاح والطلاق انتهى . أقول: فيه بحث . لأن كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا إلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم . فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » إنما يتمشى على أصل الشافعى . فإنه لم يجوّز الشفعة بالجوار ، واستدل عليه بالحديث المذكور . وأما على أصل أئمتنا فلا ، لأنهم جوّزوا الشفعة بالجوار أيضا واستدلوا عليه بأحاديث أخر. وأجابوا عن استدلاله

إذا بيعت بمثل الثمن. فلأن لايبريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى ، وإنما خص قول أبى حنيفة رحمه الله بالذكر لأن المحاباة الكثيرة لاتخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار فى مال الصغير . ولكن قال : لايصح التسليم فى هذا لأن تصرفهما فى ماله إنما يكون بالتى هى أحسن ، وليس تركها هاهنا كذلك، ولهذا المعنى أيضا خص قول أبى يوسف بقوله (ولا رواية عن أبى يوسف) لأنه كان مع أبى حنيفة فى صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها ، والله أعلم بالصواب .

(كتاب القسمة)

أورد القسمة عقيب الشفعة لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع ، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ، ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة . وقدم الشفعة لأن بقاء ماكان على ماكان أصل . وهى فى اللغة : اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء . وفى الشريعة : جمع النصيب الشائع فى مكان معين. وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص . وركنها مايحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعدّ فى المعدودات . وشرطها أن لاتفوت منفعته بالقسمة ، ولهذا لايقسم الحائط والحمام ونحوهما ، وهى مشروعة فى الأعيان المشتركة لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام باشرها فى المغانم والمواريث وغير ذلك ، وجرى التوارث بها من غير نكير. ثم هى

(كتاب القسمة)

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول :أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار ، بخلاف القسمة. (قوله لأن بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول : يعنى الشركة ، وأنت خبير بأن فى القسمة أيضا بقاء الملك .

التوارث بها من غير نكير . ثم هى لاتعرى عن معنى المبادلة . لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا . والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت ، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشتريا فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن . ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لايكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر . ولو اشتريا فاقتسماه لايبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة .

بالحديث المذكور بأن آخر الحديث وهو قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ليس بثابت . ولئن ثبت فمعناه نفى الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق. فإن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة كالبيع؟ فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها ، وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعى بالحديث المذكور فى أوائل كتاب الشفعة فى عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية. فما معنى بناء وجه المناسبة هاهنا على ماهو المزيف هناك . ثم إن القول بأن النفى يقتضى سبق الثبوت ينافى ماتقرر فى المعقولات من أن السلب لايقتضى وجود الموضوع ، وأن القول بأن المتضادين يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفى ممنوع ؛ ألا ترى إلى قوله تعالى ــ وجعل الظلمات والنور ــ وقوله تعالى ــ خلق الموت والحياة ــ ونحو ذلك كيف تقدم المنفى هناك على المثبت . قال صاحب العناية : وقدم الشفعة لأن بقاء ماكان على ماكان أصل انتهى. أقول : فيه نظر ، وهو أنه كما أن فى الشفعة بقاء ماكان على ماكان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وإن زال ملك أحد الشريكين كذلك فى القسمة بقاء ماكان على ماكان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين فى البعض على حاله وإن زال الشيوع ، بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا فى وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة. فكون بقاء ماكان على ماكان أصلا لايرجح تقديم الشفعة كما لايخفى. ثم إن القسمة فى اللغة : اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والأسوة للائتساء . وفى الشريعة : جمع النصيب الشائع فى مكان معين . وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص. وركنها الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات. وشرطها أن لاتفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لايقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لايكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ، ولو اشتريا فاقتسماه لايبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، كذا

لاتعرى عن معنى المبادلة سواء كانت فى ذوات الأمثال أو فى غير ذوات الأمثال ، لأن مايجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه. فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وإفرازا . والمعنى من الإفراز هو أن يقبضه بعين حقه ، والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات ، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ماترك عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ؛ ألا ترى أن أخذ المثل فى القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الإفراز فيها أظهر لامحالة ؛ ولهذا كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشتريا واقتسماه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لايكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر . ولو اشتريا فاقتسماه لايبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة . وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، ولما استشعر أن يقال : لوكان معنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض لما أجبر الآبى على القسمة فى ذلك . أجاب بقوله : إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ، ولامنافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجرى فيه الجبر . كما فى قضاء الدين فإن المديون يجبر على القضاء مع أن الديون تقضى بأمثالها فصار مايؤدى بدلا عما فى ذمته ؛

. . . .

فى العناية . أقول : هنا إشكال ، وهو أنه قد علم مما ذكر آنفا فى الكتاب والشروح أن القسمة لاتعرى عن معنى المبادلة والإفراز فى جميع الصور ، سواء كانت فى ذوات الأمثال أو فى غير ذوات الأمثال ، لأنه ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقى من حقه فى يد صاحبه . فكانت القسمة فى كل صورة بالنظر إلى البعض الذى كان ملكه إفرازا وبالنظر إلى البعض الآخر مبادلة . وإذا كان الأمر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الأمثال كالحيوانات والعروض غير واضح . إذ غاية الأمر أن البعض الذى يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقى من حقه فى يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه فى غير ذوات الأمثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض . ولا يلزم منه أن لايتحقق الإفراز فيه بالنظر إلى البعض الذى هو عين حقه فى الحقيقة ، إذ لاشك أن أخذه هذا البعض إفراز لايتصور فيه مبادلة . فقد تحقق فى غير ذوات الأمثال بالنظر إلى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه إفراز بدون المبادلة . وبالنظر إلى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الإفراز فكان معنيا الإفراز والمبادلة فيه متساويين ، فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة ، بخلاف ما قالوا فى ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الإفراز فيها فإنه واضح . لأن أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه إفراز بلا شبهة . وأخذ كل واحد منهما فيها ماهو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين . وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كما فى القرض فتحقق فيها معنى الإفراز بالنظر إلى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها . والحاصل أنهم لو قالوا : معنى الإفراز ظاهر فى ذوات الأمثال وغير ظاهر فى غير ذوات الأمثال بل معنيا الإفراز والمبادلة سيان فيه لكان الأمر هينا . ولما قالوا : معنى المبادلة ظاهر فى غير ذوات الأمثال أشكل ذلك كما ترى . وذكر صاحب النهاية وجها أبسط مما ذكر فى العناية لظهور معنى المبادلة فى غير ذوات الأمثال ناقلا عن المغنى حيث قال : ومعنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الأمثال كلها ، وبه صرح فى المغنى وغيره فقال فى المغنى : وأما القسمة فى غير ذوات الأمثال فشبه المبادلة فيها راجح لأنها إفراز حكما من وجه ، ومن حيث الحقيقة هى مبادلة من كل وجه . أما الحقيقة فظاهر ، وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة . وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان إفرازا ؛ إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين . لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال ، وفيما ليس من ذوات الأمثال لاتثبت المعادلة بيقين ، فالإفراز مع المبادلة استويا فى الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة ، إلى هنا كلامه . أقول : لايذهب عليك أن الإشكال الذى ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لأنه إنما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لاعلى تحقق رجحان ذلك فى المقسوم كله ، كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لايوجد فيه إلا إفراز محض . لأن معنى الإفراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لاغير والمدعى رجحان المبادلة فى القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم فى غير ذوات الأمثال ، وهو غير لازم من الوجه المذكور . بل فيه دلالة على رجحان معنى الإفراز فى ذلك ، إذ لاشك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه إفراز محض . وإذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذا لمثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة ، وكان أخذ ذلك

وهذا جبر فى المبادلة قصدا وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد إليه أولى ، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى إجابته ، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره . وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم لايجبر القاضى الآبى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد . ولو تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة

إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد . والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين . وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضى إجابته . وإن كانت أجناسا مختلفة لايجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم . قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضى ، ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة

المثل كأخذ العين حكما فكان إفرازا كما صرح به فى الوجه المذكور كان معنى الإفراز فى ذلك ظاهرا راجحا لتحققه فى جميع أجزاء المقسوم وتحقق المبادلة فى بعضها كما تحققته (قوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد)هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوان والعروض بأن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى ذلك لما أجبر الآبى على القسمة فى غير ذوات الأمثال. كذا فى عامة الشروح . أقول : هاهنا أيضا إشكال ، وهو أنه إن أريد بقوله لأن فيه معنى الإفراز أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدى نفعا فى دفع السؤال ، إذ يبقى الكلام حينئذ فى الإجبار على أخذ النصيب الآخر الذى يتحقق معنى المبادلة بالنظر إليه ويظهر على ماقالوا ، وإن أريد بذلك أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذى كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافى ما تقدم من القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الأمثال، إذ لاشك فى تحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى النصيب الذى يأخذه أحد الشركاء لعين حقه ، وإذا تحقق فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الآخر أيضا كان معنى الإفراز فيه ظاهرا جدا . فأنى يتصور القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل . ثم أقول: لو قال المصنف لأن فيه إمكان المعادلة بدل قوله لأن فيه معنى الإفراز لكان سالما عن هذا الإشكال، وكان مناسبا لا محالة لقوله لتعذر المعادلة فى تعليل عدم الإجبار على القسمة فيما إذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتى تبصر تقف(قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين)يعنى أنه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين ، فإن المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها على ما عرف . فصار مايؤدى المديون بدلا عما فى ذمته. أقول : لقائل أن يقول: جريان الجبر فى قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ماثبت فى ذمة المديون بيقين، وقد صرحوا بأن أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين . وعن هذا جعلوا أخذ المثل فى القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية، بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الأمثال . فإن ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ماترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق، وعن هذا قالوا : إن معنى المبادلة فيه هو الظاهر . فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج إلى الجواب الذى نحن بصدده: فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه فى قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم)قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : ولو تراضوا على ذلك جاز . لأن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة . والتراضى فى التجارة شرط بالنص انتهى . أقول : هذا الشرح غير مطابق للمشروح، وليس بتام فى نفسه لأنه إن أراد أن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع ، كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لاتعرى عن معنيى المبادلة والإفراز. إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر فى ذوات الأمثال ، ومعنى المبادلة هو الظاهر فى غيرها ، وإن أراد أن المبادلة فى قسمة مختلف الجنس هى الظاهرة فهو مسلم، لكن الأمر كذلك فى قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الأمثال مع أن التراضى ليس بشرط فيها ، على أن كون التراضى شرطا فى التجارة بالنص لايدل على كون ذلك شرطا فى قسمة مختلف الجنس أيضا لأن قسمته ليست فى معنى

شرط بالنص . قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما) كلامه واضح إلا ما ننبه عليه .

فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم . قال (فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر) معناه بأجر على المتقاسمين ، لأن النفع لهم على الخصوص ، ويقدر أجر مثله كى لايتحكم بالزيادة ، والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ، ولأنه لابد من القدرة وهى بالعلم ، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة (ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد) معناه لايجبرهم على أن يستأجروه لأنه لاجبر على العقود . ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز . إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضى) لأنه لاولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كى لاتصير الأجرة غالية بتواكلهم ، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر . قال (وأجرة القسمة على عدد الرءوس عند أبى حنيفة . وقالا على قدر الأنصباء) لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك . ولأبى حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز ، وأنه لايتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل ، وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم

التجارة فى كل الوجوه . إذ القسمة مطلقا لاتعرى عن معنى الإفراز البتة ، بخلاف التجارة ، فكيف تلحق إحداهما بالأخرى . والحق عندى أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز . لأن الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الأجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد . وإذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقى على الآخر فصحت القسمة بلا ريب ، انظر إلى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص) أقول : قوله لأن النفع لهم على الخصوص ينافى بحسب الظاهر قوله فيما مر آنفا ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم فتأمل فى التوفيق (قوله ويجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) قال تاج الشريعة : ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية . ورد هذا التوجيه بعض العلماء فى حاشيته على شرح الوقاية ، فإن صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما

(قوله لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال لايميل بأخذ الرشوة إلى البعض . ويجوز للقاضى أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرا ؛ لكن الأولى أن لايأخذ . وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لايفترض على القاضى مباشرتها : وإنما الذى يفترض عليه جبر الآبى على القسمة ، إلا أن لها شبها بالقضاء من حيث أنها تستفاد بولاية القضاء . فإن الأجنبى لايقدر على الجبر . فمن حيث أنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها . ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن لايأخذ . وقوله (عدلا مأمونا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) يعنى لم يرفعوا الأمر إلى الحاكم بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم ، فهو جائز لما أن فى القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضى كما فى سائر المعاوضات . وقوله (كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعنى إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصباء ، وكذلك الوزان والحافر (وقوله إن الأجر مقابل بالتمييز ، ولأنه لايتفاوت) تحقيقه أن القاسم لايستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشى على الحدود . لأنه لو استعان فى ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه ؛ فدل على أن الأجرة فى مقابلة القسمة ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء ويزداد دقة بقلة الأنصباء ، فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ، ويجوز أن يعسر عليه تمييز

(قال المصنف لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول : لعل المراد تهمة الأخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول : فيه بحث (قوله لايميل بأخذ الرشوة) أقول : أى لايميل لفقره .

بأصل التمييز . بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت . والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف . وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل . وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرّة الممتنع . قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفى أيديهم دار أو ضيعة وادّعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتّى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته . وقال صاحباه : يقسمها باعترافهم . ويذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه فى قولهم جميعا ، ولو ادّعوا فى العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى . وهذا لأنه لامنكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد ، إلا أنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم . وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة . حتّى لو حدثت

بها كما وقع فى الهداية ، لأن الأمانة من لوازم العدالة . وقال : والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع فى الكفاية ليس بتام ، لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لايخفى اه . أقول : المذكور فى الهداية نفس العدالة لا ظهورها . فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لايقتضى استدراك ذكر الأمانة المراد بها ظهورها . فإن قلت : فلم لايجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد فى الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية . قلت : إرادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لاتفهم من لفظها وحده بدون القرينة ، وأما إرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة فى الكتاب فبقرينة تقدّم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الأمانة . نعم لوقال فى الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الأمانة ، لكن مراد

نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز . بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت . وقوله (وإن لم يكن للقسمة) بأن اشتريا مكيلا أو موزونا وأمرا إنسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالأجر بقدر الأنصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبوحنيفة رحمه الله فى الجواب . وقال : أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا ، فالعذر له فى ذلك هو التفاوت لأن عمله فى ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل ، بخلاف القسام فإنه قد يعكس كما تقدم . وقوله (ولا يفصل) تأكيد وبيان . وقوله (وعنه) أى عن أبى حنيفة (أن الأجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرّة الممتنع) . قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضي) الخ إذا حضر الشركاء عند القاضي وفى أيديهم مال وطلبوا قسمته فإما أن يكون عقارا أو غيره . فإن كان عقارا فإما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم . فإن كان الأول لم يقسمه القاضي حتّى يقيموا البينة على موته . وعدد ورثته عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا : يقسمه باعترافهم) وإن كان الثانى قسمه بينهم بالاتفاق . وإن كان الثالث قسمه بينهم على مانذكره ، وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه فى قولهم جميعا . لهما أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة فى الملك أو لتهمة فى دعواه أو لمنازع للمدعى فى دعواه . ولا شيء من ذلك بمتحقق لأن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى . وطلب البينة ليس بلازم لأنها لاتكون إلا على منكر ولا منكر هاهنا فلا تفيد إلا أنه يذكر فى كتاب القسمة : أى فى الصك الذى يكتبه القاضي أنه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم . ولأبى حنيفة أن القسمة قضاء على الميت . إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه . حتّى لو حدثت

(قال المصنف : والكيل والوزن إن كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول : وهذا هو المناسب لتعليق الحكم بأصل التمييز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق لا يفصل) أقول : والإطلاق غير مناسب للتعليق المذكور ، إلا أن يقال : الحكمة لاتراعى فى كل فرد ، ولكن تراعى فى الأنواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتأمل ، ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لايخفى .

الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها ، بخلاف مابعد القسمة ، وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورّث ، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما فى الوارث أوالوصىّ المقرّ بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره ، بخلاف المنقول لأن فى القسمة نظرا للحاجة إلى الحفظ . أما العقار فحصن بنفسه ، ولأن المنقول مضمون على من وقع فى يده ، ولا كذلك العقار عنده ،

هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة فى الكتاب لانى مجال إفادة المعنى المقصود هاهنا بعبارة أخصرمما وقع فى الكتاب (قوله وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورّث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما فى الوارث أو الوصىّ المقر بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره) قال بعض الفضلاء : وأنت خبير بأنه لاأولوية لأحد الورثة بأن يكون مدّعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول . بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك . وجوابه ظاهر . فإن القاضى إذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم . إلى هنا كلامه . أقول : لا استشكاله شىء ولا جوابه . أما الأول فلأن للقاضى ولاية التعيين فى أمثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فترتفع الجهالة بتعيينه . وعن هذا قال فى الذخيرة فى بيان هذه المسئلة : فالقاضى يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه ، على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لأن يكون مدعيا فى دعوى حق نفسه على الآخر ومدّعى عليه فى دعوى الآخر حقه عليه . فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين . ونظير ذلك أكثر من أن يحصى فى مسائل الفقه فلا تتوهم الجهالة حينئذ أصلا . وأما الثانى فلأن مقتضاه أن يتوقف استماع القاضى البينة وقسمة الدراهم بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من أحد ولم يرفى شىء من الكتب : فإنهم إن لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة فى هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضى الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة

الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها . وعن هذا قالوا : إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما ، بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له ، فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلابد له من حجة وهى إما إقرار الورثة أو بينتهم ، وإقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة . وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك ، لأن بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه . فإن قيل : كل منهما مقرّ بدعوى صاحبه والمقر لايصلح خصما للمدعى عليه . أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك : أى كونه خصما بسبب إقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصما كما فى الوارث أو الوصىّ المقر بالديون فإنه إنما يقضى عليهما بالبينة بديون الميت وإن كانا مقرين بها ، وهذا لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين فى حقهم وحق غيرهم ، لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقرّ له بإقرار الورثة لايظهر فى حقه فيحتاج إلى إقامة البينة ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما فى المنقول الموروث ، وهو على وجهين أحدهما قوله لأن فى القسمة نظرا الخ . والثانى أن المنقول مضمون على من وقع فى يده بعد القسمة وفى القسمة جعله مضمونا ،

(قوله وعن هذا قالوا : إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول : ستجىء المسئلة فى كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول : يعنى لابد للقضاء من حجة (قال المصنف : فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول : لايلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف : وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول : وأنت خبير بأنه لاأولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول ، بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك . وجوابه ظاهر ، فإن القاضى إذا قال : لاأقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم .

وبخلاف المشترى لأن المبيع لايبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير . قال (وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم) لأنه ليس فى القسمة قضاء على الغير ، فإنهم ما أقرّوا بالملك لغيرهم . قال رضى الله عنه : هذه رواية كتاب القسمة(وفى الجامع الصغير :أرض ادّعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما)لاحتمال أن يكون لغيرهما . ثم قيل هو قول أبى حنيفة .

كما هو المفهوم من كتب الفقه بأسرها (قوله وفى الجامع الصغير : أرض ادّعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال فى العناية : أعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لايقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون مافى أيديهما ملكا لغيرهما ، فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير ، وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك فى يد مالكها فلا يقسم احتياطا انتهى . أقول : لايخفى على ذى فطنة سليمة أن قوله لأن الأصل أن تكون الأملاك فى يد مالكها غير مفيد هاهنا . بل هو مخلّ بالمقام لأن ذاك الأصل : أعنى كون الأملاك فى يد مالكها يرجح كون ما فى أيديهما ملكا لهما فينبغى أن يقسم بدون إقامة البينة . مع أن جواب مسئلة الجامع الصغير أن لايقسم بدونها كما ترى ، فالصواب أن يترك تلك المقدمة فى تعليل مسئلة الجامع الصغير . وإنما يحتاج إليها فى بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل . واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا إلى آخره حيث قال : فيه بحث ، بل المحتمل هنا أن لايكون ملكا لهما لا إرثا ولا شراء . كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له ، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فإن فى الأولى ادعوا الملك انتهى . أقول : يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن لايكون ملكا لهما أصلا لاغير فهو ممنوع . وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام . فإن عدم التعرض لشىء لاينافى احتماله فى الواقع . وإنما ينافى تقرره وتعينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له ،وإن أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لايضر ذلك بصحة التعليل الذى ذكره صاحب العناية لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشترى يكفى فى أن لايقسم بدون البينة احتياطا . ثم إن هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لأن الأصل أن تكون الأملاك فى يد مالكها لإخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفا . وأما على تقدير اعتباره فى تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لايكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن مافيها ملك لهما . ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك

وفى ذلك نظر للميت ، بخلاف العقار عند أبى حنيفة رحمه الله فإنه لايصير مضمونا على من وقع فى يده عنده (وبخلاف المشترى) جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية ، فقد روى عن أبى حنيفة فى غير الأصول أن القاضى لايقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث. وجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب أن المبيع بعد العقد لايبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وإن ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر . قال المصنف رحمه الله (هذه) يعنى القسمة فيما بينهم من غير إقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لايقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون مافى أيديهما ملكا لغيرهما فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما ،لأن الأصل أن تكون الأملاك فى يد ملاكها فلا تقسم احتياطا . قيل هذا قول أبى حنيفة خاصة ، وعندهما تقسم بينهما لأنهما يقسمان فى الميراث بلا بينة فنى هذا أولى . وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن القسمة نوعان : قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة ، وقسمة لحق الدار لأجل الحفظ والصيانة . والثانى فى العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك ،

(قوله فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول :فيه بحث ، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا إرثا ولا شراء . كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له ، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين ، فإن فى الأولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا للغير) أقول : يعنى الميت.

وقيل قول الكل ، وهو الأصح لأن قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج إليه ، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز . قال (وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب . وكذا لو كان مكان الغائب صبىّ يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لأن فيه نظرا للغائب والصغير . ولا بد من إقامة البينة فى هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويردّ عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين . أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يردّ بالعيب على بائع بائعه

عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعنى أن القسمة نوعان : قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة ، وقسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة ، والثانى فى العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز ، كذا فى العناية . أقول : لقائل أن يقول : إن هذا التقرير يقتضى أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما إذا ادعوا الشراء أيضا فى العقار مع أنه قد سبق أنه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق . ويقتضى أيضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبى يوسف ومحمد أيضا فيما إذا ادعوا الإرث فى العقار ومع أنه قد سبق أيضا أنهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم . ثم أقول : يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل ، وبصورة ادعائهم الإرث أيضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا ، بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك فى دعواهما : أى لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا فى رواية الجامع الصغير ، بل إنما ادعيا أنها فى أيديهما وأقاما البينة عليه ، بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فإنهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقتا فحينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لأنهم ادعوا فيهما سبب الملك من الإرث أو الشراء ، ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال : قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما إذا ادعيا اليد ابتداء ،

وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك . ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز . قال (وإن حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه) قيل قوله فى أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ ، والصحيح فى أيديهما ، لأنها لو كانت فى أيديهم لكان البعض فى يد الغائب ضرورة . وقد ذكر بعد هذا فى الكتاب وإن كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شىء منه لم يقسم . وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبىّ يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصبى) لظهور نصيبهما بما فى يد الغير (ولابد من إقامة البينة فى هذه الصورة) يعنى فيما إذا كان معهما صبى (عند أبى حنيفة رحمه الله) كما إذا كان معهما غائب (خلافا لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضى عند أبى حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته . وقال صاحباه : يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وإن أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) صورته : اشترى

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول : هما يقولان : اليد دليل الملك ، فلا شبهة فى الملك كما تقدم . وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول : لمكان الورثة قبله .

فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وإن كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شىء منه لم يقسم . وكذا إذا كان فى يد مودعه ، وكذا إذا كان فى يد الصغير) لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما ، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه . والقضاء من غير الخصم لايجوز . ولا فرق فى هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق فى الكتاب . قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لابد من حضور خصمين . لأن الواحد لايصلح مخاصما ومخاصما ، وكذا مقاسما ومقاسما ، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة ، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه . وكذا الوصىّ عن الصبىّ كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه .

وبيانه أنهما لما إدعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن فى يده شىء يقبل قوله أنه ملكه مالم ينازعه غيره . إذ الأصل أن الأملاك فى يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر ، أما إذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه فلا يقبل قولهما لأنهما طلبا القسمة من القاضى والقسمة فى العقار لاتكون إلا بالملك ، فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال ، وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما ، إلى هنا كلامه فتبصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعنى أن فى هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شىء مما كان فى يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما ، كذا التقرير فى الكافى والمبسوط . أقول : فى هذا التعليل شىء . وهو أنه إنما يتم إذا كان العقار كله فى يد الغائب أو الصغير ، أو كان منه شىء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث فى يد أحدهما . وأما فيما إذا كان فى يد أحدهما من العقار شىء يساوى قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل . إذ لايلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شىء مما كان فى يده عن يده بل يلزم إبقاء ماكان فى يده على يده فى صورة التساوى وزيادة شىء عليه مما فى يد الحاضرين فى صورة النقصان ، ويحتمل أن يكون هذا هو السرّ فى عدم وقوع ذكر أو شىء منه فى وضع المسئلة فى مختصر القدورى . فإن هذا القيد فى وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه فى غاية البيان فتأمل .

المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورّث (وقوله ولا فرق فى هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) يعنى فيما إذا كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شىء منه . وقوله (كما أطلق فى الكتاب) يعنى قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة. وقوله (هو الصحيح) احترازعما ذكر فى المبسوط وإن كان شىء من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم أقسمها بإقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث ، لأن فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شىء مما كان فى يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة . لأنه لابد من حضور خصمين لأن الواحد لايصلح مخاصما ومخاصما) فالحاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب : وإن كان خصما عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك ، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين ، والباقى ظاهر .

(قوله يعنى فيما إذا كان معهما) أقول : تفسير لقوله أيضا (قال المصنف : فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول : وفى صورة الإرث يقوم الآخر مقام الميت ، ويثبت حق الغائب على طريق التبع .

(فصل فيما يقسم ومالا يقسم)

قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستضرّ به الآخر لقلة نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير قسم . وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه ، والثانى متعنت فى طلبه فلم يعتبر . وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه . وذكر الحاكم الشهيد فى مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى ، والوجه اندرج فيما ذكرناه . والأصح المذكور فى الكتاب وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما يستضرّ لصغره

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى مايقسم وما لا يقسم شرع فى بيانهما فى فصل على حدة (قوله والأصح المذكور فى الكتاب وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيئا . وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضى وإيصاله إلى منفعة ملكه . وذلك لايوجد عند طلب القليل ، كذا فى العناية ومعراج الدراية . وهو المذكور فى الذخيرة ، وزاد عليه فى النهاية والكفاية أن يقال : ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان لاينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضى بينهما ، فكذلك إذا كان الطالب من لاينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى . أقول : هذه الزيادة تخالف ما سيأتى فى الكتاب بقوله وإن كان كل واحد منهما يستضرّ لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما . فإنه يدل على أن القاضى يقسمها عند تراضى الشريكين وطلبهما القسمة ، وقد صرح به المصنف هناك حيث قال : ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما ، أما القاضى يعتمد الظاهر انتهى . ثم إنك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ماذكروا فى وجه أصحية

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى مايقسم وما لايقسم بينهما فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لاينتفع منهم أحد . فإن كان الأول قسم القاضى بطلب أحدهم جبرا على من أبى (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على مابيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره . وإن كان الثانى فإن طلب صاحب الكثير قسم ، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق فى الكتاب . وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم فى مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ، ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر (والأصح هو المذكور فى الكتاب) أى القدورى (وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لايلزم القاضى شيئا وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضى وإيصاله إلى منفعة ، وذلك لايوجد عند طلب صاحب القليل (وإن كان) الثالث بأن كان المشترك بينهما بيتا صغيرا (يستضرّ) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

(قوله وذكر الجصاص على قلب هذا ، وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول : فى عبارته مسامحة ، والأظهر أن يقول : وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وإباء صاحب الكثير ، ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وإباء صاحب القليل .

لم يقسمها إلا بتراضيهما) لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة . وفى هذا تفويتها . وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما ، أما القاضى فيعتمد الظاهر . قال (ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما فى بعض) لأنه لااختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة . وسبيلها التراضى دون جبر القاضى (ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولايقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأوانى) لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولايقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر إذ هى لاتتحقق إلا بالقطع (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما) لما بينا ، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز (وقال أبوحنيفة لايقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالا : يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما فى الإبل والغنم ورقيق المغنم . وله أن التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ؛ ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس

المذكور فى الكتاب أولا وبين ذلك التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لأن الحق لهما إلى قوله أما القاضى يعتمد الظاهر فتأمل

لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها ، وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا : يعنى به يجبر على ذلك . لأن فى حق التراضى لايشترط اتحاد الصنف (لأن عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة . ولا يقسم الجنسين بعضهما فى بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى) وقوله (ويقسم القاضى كل مكيل وموزون الخ) ظاهر . وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعنى لايقسم جبرا فى هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة فى الشاة خاصة ونصيب الآخر فى البعير خاصة . بل يقسم الشاة بينهم جميعا على مايستحقون منها ، وكذلك فى البعير وغيره والأوانى المتخذة من أصل واحد كالإجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضى جبرا ، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ، ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لأن فيه إتلاف جزء فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركاء . فإن رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا) يعنى ماتقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى . ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لايمكن إلا بزيادة دراهم مع الأوكس ، والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين) يعنى إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضى بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا إن استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فإنه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لأنه تيسر عليه التمييز فى بعض المشترك . ولو تيسر ذلك فى الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك فى البعض ، وما ثمة معاوضة تحتاج إلى التراضى (وقال أبوحنيفة رحمه الله : لايقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو إما أن يكون الرقيق

(قال المصنف : لم يقسمها إلا بتراضيهما) أقول : يخالف نقلنا فى شرح الكنز الزيلعى (قوله ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا : يعنى به يجبر على ذلك . لأن فى حق التراضى لايشترط اتحاد الصنف لأن عند اتحاده الخ) أقول : قوله لأن فى حق التراضى الخ تعليل لقوله يعنى به يجبر الخ ، وقوله لأن عند اتحاده الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ .

واحد ، بخلاف المغانم لأن حق الغانمين فى المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا . وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لايقسم كاللآلئ واليواقيت . وقيل لايقسم الكبار منها لكثرة التفاوت . ويقسم الصغار لقلة التفاوت . وقيل يجرى الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ؛ ألا ترى أنه لو تزوّج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لاتصح التسمية ، ويصح ذلك على عبد فأولى أن لايجبر على القسمة . قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا بتراضى الشركاء ، وكذا الحائط بين الدارين) لأنها تشتمل على الضرر فى الطرفين ، إذ لايبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لما بينا .

(قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا برضا الشركاء) قال صاحب العناية : والأصل فى هذا أن الجبر فى القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفى قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضى انتهى . أقول : تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بسديد ، إذ قد تقرر فيما مرّ أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضرّ بنصيبه لقلته فإن القاضى يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور فى الكتاب . وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره علىّ الجصاص ، وبطلب كل واحد منهما على ماذكره الحاكم الشهيد . وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لايخفى على ذى مسكة . فالصواب الموافق لقول المصنف فى التعليل لأنه يشتمل على الضرر فى الطرفين الخ أن يقتصر فى بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل

مع شىء آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لايكون ، فإن كان فالأصح القسمة فى قولهم جميعا على الأظهر ، أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبى حنيفة فيجعل الذى مع الرقيق أصلا فى القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له فى القسمة ، وقد يثبت الحكم لشىء تبعا وإن لم يثبت قصدا كالشرب فى البيع والمنقولات فى الوقف ، وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا وإناثا لايقسم إلا برضاهما . وإن كانوا ذكورا أو إناثا لايقسم القاضى بينهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك . وقال صاحباه : يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما فى الإبل والغنم ورقيق المغنم . ولأبى حنيفة أن التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة ، لأن من العبيد من يصلح للأمانة ، ومنهم من يصلح للتجارة ، ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك . فى جمع نصيب كل واحد منهم فى واحد فإنه سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وإفرازا ، بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس . ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغانم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم ، وذلك (لأن حق الغانمين فى المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها ، وهاهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا) فإن قيل : لو تزوّج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن فى القسمة كذلك . أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز ولا يتحقق فى القسمة ، بخلاف ماذكرتم فإنه لايحتاج إليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح . قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) والأصل فى هذا أن الجبر فى القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس ، وفى قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضى . ومن المشايخ من قال : القاضى لايقسم عند الضرر لأنه لم ينصب متلفا ، لكن لو اقتسم لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ماذكره فى أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضرّ لصغره لم يقسمها

(قوله أو لأحدهما) أقول : لايناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل

(قوله وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكره فى أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول : بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة ، أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل .

قال (وإذا كانت دور مشتركة فى مصر واحد قسم كل دار على حدتها فى قول أبى حنيفة . وقالا : إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة . لهما أنها جنس واحد اسما وصورة ، ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ، ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضى . وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحالّ والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل فى القسمة ولهذا لايجوز التوكيل بشراء دار . وكذا لو تزوّج على دار لاتصح التسمية كما هو الحكم فيهما فى الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لأن فى قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة . قال رضى الله عنه : تقييد الوضع فى الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا فى مصرين لاتجتمعان فى القسمة عندهما . وهو رواية هلال عنهما . وعن محمد أنه يقسم إحداهما فى الأخرى والبيوت فى محلة أو محالّ تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيما بينها يسير . والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لأنه بين الدار والبيت على ما مرّ من قبل فأخذ شبها من كل واحد . قال (وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس . قال رضى الله عنه : جعل الدار والحانوت جنسين ، وكذا ذكر الخصاف . وقال فى إجارات الأصل : إن إجارة منافع الدار بالحانوت لاتجوز . وهذا يدل على أنهما جنس واحد ، فيجعل فى المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة .

واحد من الشركاء ، ويجعل ذلك مدارا لعدم الجبر فى القسمة (قوله وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف : جعل الدار والحانوت جنسين . وكذا ذكر الخصاف . وقال فى إجارات الأصل : إن إجارة منافع الدار بالحانوت لايجوز . وهذا يدل على أنهما جنس واحد . فيجعل فى المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة . واستشكل التوجيه الثانى صاحب الكافى حيث قال : وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة . والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى ، كذا ذكره فى الهداية . وهو مشكل لأنه يؤدى إلى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازلة عنها . وقد قال شمس الأئمة الحلوانى : إما أن يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ، إلى هنا كلام صاحب الكافى . وأوضح إشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال : واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدى إلى اعتبار شبهة الشبهة ، فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشىء بجنسه نسيئة . وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم ، وفى ذلك شبهة الربا ، فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة . والمعتبر الشبهة دون النازل عنها .

إلا بتراضيهما (قوله وإذا كانت دور مشتركة) هاهنا ثلاثة فصول : الدور ، والبيوت ، والمنازل . فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لاتقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضى ، والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى ، والمنازل إن كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت فى محالّ أو فى دار واحدة بعضها فى أدناها وبعضها فى أقصاها ، لأن المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت فى معنى السكنى . ولكن التفاوت فيها دون التفاوت فى الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه ، فلشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة . لأن التفاوت فيها يقل فى مكان واحد ، ولشبهها بالدور قلنا : إذا كانت فى أمكنة متفرقة لاتقسم قسمة واحدة . وهما فى الفصول كلها يقولان : ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه فيمضى القسمة على ذلك . وقوله (على مامر) يعنى فى باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت الخ) واضح إلا ما نذكره ، إنما خص الخصاف بالذكر لأن هذه المسئلة لم تذكر فى كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوى ولا الكرخى رحمهما الله . وقوله (إن إجارة منافع الدار بالحانوت) أى بمنافع الحانوت ، لأنه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح . وقوله (أو تبنى حرمة الربا هنالك) أى فى إجارات الأصل (على شبهة المجانسة) يعنى إن كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على

(فصل فى كيفية القسمة)

وقد قال شمس الأئمة الحلوانى : إما أن يكون فى المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب . ويمكن أن يقال : لا إشكال فيه . لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه . أقول : فى الجواب خلل . إذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة إجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة . إذ يصير مدار مسئلة إجارات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت فى الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما فى الجنس قطعا ، فتتناقضان . والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الإشكال المذكور . ثم إن قوله لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد ، إذ لم يقع التصريح فى إجارات الأصل بأن قال جنس واحد . ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ماعرف فلا ينافى القول بشبهة المجانسة كما لايخفى . قال بعض الفضلاء فى تفسير معنى قول صاحب العناية . لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها : يعنى أنهما متحدا الجنس نظرا إلى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفاه نظرا إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك فى القسمة فليتأمل انتهى . أقول : ليس ذلك بمستقيم ، لأن المعنى الذى ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لايصح أن يراد هاهنا أما أولا فلأنه لايدفع الإشكال المذكور ، إذ حاصله أن اتحادهما فى الجنس غير مقرّر ، بل هناك شبها الاتحاد والاختلاف فى الجنس من جهتين فكان فى الجنسية شبهة فيئول بناء حرمة الربا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر . وأما ثانيا فلأن ماذكره من اتحاد الجنس نظرا إلى أصل السكنى واختلافه نظرا إلى اختلاف المقاصد متحقق فى الدور المشتركة فى مصر واحد أيضا . فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هناك فقالا : إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها القاضى كما مر فى الكتاب ؛ فلو كان المراد فى مسئلتنا ماذكر لما وافق الإمامان أباحنيفة هاهنا فى وجوب قسمة كل واحد على حدة . واتفاقهم فى هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها فى الكتاب منصوص عليه فى البدائع حيث قال فيه : أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدته لاختلاف الجنس انتهى .

(فصل فى كيفية القسمة)

لما فرغ من بيان مايقسم وما لا يقسم شرع فى بيان كيفية القسمة فيما يقسم ، لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة

شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما . واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدى إلى اعتبار شبهة الشبهة . فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشىء بجنسه نسيئة . وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم . وفى ذلك شبهة الربا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا لشبهة الشبهة ، والمعتبر الشبهة دون النازل عنها . وقد قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : إما أن يكون فى المسئلة روايتان ، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب . ويمكن أن يقال : لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة . ووجه آخر فى التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات . فلا تجوز القسمة الواحدة ، وباتحاده الاتحاد فى المنفعة وهى السكنى فتمتنع الإجارة لشبهة الربا .

(فصل فى كيفية القسمة)

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لايقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذى هو

(قوله واستشكل كلامه) أقول : هذا فى الكافى (قوله ويمكن أن يقال) أقول : يعنى فى جواب الاستشكال (قوله لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول : يعنى أنهما متحدا الجنس نظرا إلى أصل السكنى ، فبنى حرمة الربا عليه ، ومختلفا الجنس نظرا إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك فى القسمة فليتأمل .

(فصل فى كيفية القسمة)

قال (وينبغى للقاسم أن يصور مايقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعنى يسوّيه على سهام القسمة ويروى يعزله ؛ أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوّم البناء) لحاجته إليه فى الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالأول ، والذى يليه بالثانى والثالث على هذا ثم يخرج القرعة . فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ، ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى) والأصل أن ينظر فى ذلك إلى أقل الأنصباء . حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا ، وإن كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة . وقد شرحناه مشبعا فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى . وقوله فى الكتاب : ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل . فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ماتذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى . والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل .

الذى هو الموصوف (قوله والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل) قال الشراح : هذا جواب الاستحسان . والقياس يأباها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو فى معنى القمار والقمار حرام . ولهذا لم يجوّز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ، ولكنا تركنا القياس هاهنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر . وليس هذا فى معنى القمار ، لأن أصل الاستحقاق فى القمار يتعلق بما يستعمل فيه ، وفيما نحن فيه لايتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة . لأن القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه

الموصوف . قال (وينبغى للقاسم أن يصوّر مايقسمه) إذا شرع القاسم فى القسمة ينبغى أن يصوّر ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة إن فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضى ليتولى الإقراع بينهم بنفسه (ويعدله يعنى يسويه على سهام القسمة . ويروى يعزله : أى يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوّم البناء لحاجته إليه فى الآخرة) إذ البناء يقسم على حدة . فربما يقع فى نصيب أحدهم شىء منه فيكون عالما بقيمتها (ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه) إن أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة (ثم يلقب نصيبا بالأول والذى يليه بالثانى والثالث إلى أن تفرغ السهام ويكتب أساميهم ويخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولا الخ) قال الإمام حميد الدين رحمه الله : صورته أرض بين جماعة لأحدهم سدسها وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم . ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول والذى يليه بالثانى والثالث على هذا ، ثم يكتب أساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها فى كمه . فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأوّل . فإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول ، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذى يليه ، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول واللذان يليانه (قوله وقوله فى الكتاب) واضح . قوله (والقرعة لتطييب القلوب) جواب الاستحسان . والقياس يأباها لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم تجوّز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة . ولكن تركناها هاهنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير . وليس فى معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه . وأما ما نحن فيه فليس كذلك ؛ لأن القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما ، إلا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ؛ ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الأحبار فى ضم مريم إلى نفسه مع علمه

(قوله بأن يكتب على كاغدة الخ) أقول : هذا ليس يصلح تفسيرا لتصوير ما يقسم كما لايخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول : فيه نقض (قوله وليس فى معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه) أقول : الضمير فى قوله فيه راجع إلى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول : الظاهر أن يقال : ألا يرى إلى أن الخ

حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير إقراع جاز لأنه فى معنى القضاء فيملك الإلزام . قال (ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم لأنه لا شركة فى الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ، ولأنه يفوت به التعديل فى القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته ولعلها لاتسلم له (وإذا كان أرض وبناء ؛ فعن أبى يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لأنه لايمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم . وعن أبى حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل فى المسموحات ، ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له فى المال . ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج . وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء مايساويه من العرصة . وإذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لاتفى العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم . لأن الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها ، وهذا يوافق رواية الأصل . قال (فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل فى نصيب الآخر أو طريق لم يشترط فى القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق فى نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

وذلك جائز ؛ ألايرى أن يونس عليه السلام فى مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى ـ فساهم فكان من المدحضين ـ وذلك لأنه علم أنه هو المقصود ، ولكن لو ألقى نفسه فى الماء ربما نسب إلى مالا يليق بالأنبياء فاستعمل القرعة لذلك ، وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحبار فى ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطيبا لقلوبهم كما قال الله تعالى ـ إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ـ وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه إذا أراد السفر تطيبا لقلوبهن ، انتهى كلامهم . وعزا فى النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل إلى المبسوط .

بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطيبا لقلوبهم . قال (ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة فى أيديهم عقار طلبوا قسمته وفى أحد الجانبين فضل . فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم فى القسمة ، وإن تراضوا أدخلها لأنه لا شركة فى الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة . ولأنه يفوت التعديل المراد بالقسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته قد لايصل إليها ، وليس بين مايصل إليه الرجل فى الحال وما لايصل معادلة ، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ، ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما إذا كان أرض وبناء إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة ، لأنه لايمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم ، وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها الأصل فى الممسوحات ، ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له فى المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج . ومحمد رحمه الله إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء مايساويه من العرصة . فإن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لأن الضرورة تحققت فى هذا القدر فلا يترك الأصل إلا لها ، وهذا يوافق رواية الأصل لأنه قال فيه : يقسم الدار مذارعة فلا يجعل لأحدهما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها ، كذا فى بعض الشروح . قوله (فإن قسم بينهم) يعنى إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولأحدهما مسيل الماء فى نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو إما أن يمكن صرف ذلك عنه أو لا (فإن أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (فى نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا فى القسمة أو لم يكن (لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الإفراز والتميز (من غير ضرر) بأن لايبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وإن شرطت ، بخلاف البيع

(قوله لأنه لاشركة) أقول : تعليل لقوله لم يدخل الدراهم فى القسمة (قوله كذا فى بعض الشرح) أقول : يعنى الإتقانى فى غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول : بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة إلى قوله : بأن لايبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول : قوله بأن متعلق بقوله تحقيق ، وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لايبقى .

(وإن لم يمكن فسخت القسمة) لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لايفسد في هذه الصورة ، لأن المقصود منه تملك العين ، وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال . أما القسمة لتكميل المنفعة ولايتم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب ، لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتمام ذلك بأن لايبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه . بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ماكان له من الطريق والمسيل ، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره . وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره . وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا ، فباعتباره لايدخل من غير تنصيص ، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص ، لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لايحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ، إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الإفراز بالكلية دونه (وإن كان لايستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق

أقول : بين أول كلامهم هذا وآخره تدافع ، لأنهم صرحوا أولا بأن مشروعية استعمال القرعة هاهنا جواب الاستحسان ، والقياس يأبى ذلك لكونه في معنى القمار، وقالوا آخرا إن هذا ليس في معنى القمار. وبينوا الفرق بينه وبين القمار ، وذكروا ورود

فإنها إذا شرطت فيه دخلت لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل إلا بالشرط (وإن لم يمكن) فإما أن يشترط ذلك في القسمة أو لا . فإن كان الثاني (فسخت القسمة لأنها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف ، وهذا بخلاف البيع) فإنه إذا باع دارا أو أرضا ولا يتمكن المشترى من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فإنه (لايفسد . لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال) كما لو اشترى جحشا صغيرا (وأما القسمة فإنها لتكميل المنفعة ، ولا يتم ذلك إلا بالطريق) وإن كان الأول يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل ، فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل ، وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا ؛ فباعتباره لايدخل من غير تنصيص . وتقريره أن في القسمة تكميلا وإفرازا ، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن لم تذكر . وبالنظر إلى الإفراز لاتدخل وإن ذكرت لأن دخولها ينافي الإفراز ، فقلنا : تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه إعمالا للوجهين بقدر الإمكان ، بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وهو لايحصل إلا بإدخال الشرب والطريق ، فيدخل من غير ذكر (ولواختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم : لاندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل . وقال بعضهم : بل ندع ينظر القاضي في حالهم إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة (لتحقق الإفراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وإن كان لايستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق . ولو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم: نجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء . وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب وطوله لأن الحاجة تندفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك ، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحا في نصيبه ، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم

(قوله فلا يدخل إلا بالشرط) أقول : في التفريع نوع تأمل .

بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضى . قال (وإذا كان سفل لاعلو عليه وعلو لاسفل له وسفل له علو قوّم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولامعتبر بغير ذلك) قال رضى

نظائر له فى الكتاب والسنة . فقد دل ذلك على أنه ليس مما يأباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا فتدافعا (قوله وإذا كان سفل لاعلو له وعلو لاسفل له وسفل له علو إلى آخره) قال صاحب العناية : صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة . وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لايصح عند أبى حنيفة رحمه الله انتهى . وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بأن يقال : فإن قيل : كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبى حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لاتقسم قسمة واحدة إذا لم تكن فى دار واحدة ؟ قلنا : موضوع المسئلة أنهما كانا فى دار واحدة ، والبيتان فى دار واحدة عند أبى حنيفة يقسم قسمة جمع ، ولئن كانا فى دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ، ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيا بينهم . وعند أبى حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى . وقد ذكر هذا السؤال والجواب فى الذخيرة أيضا ، فهى المأخذ الأصلى . أقول : فيه إشكال من حيث الرواية والدراية . أما الأول فلأن ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب ، منها ماذكره المصنف فى الفصل السابق حيث قال : والبيوت فى محل أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يسير انتهى . ولا شك أن المحلة فوق الدار ، فإذا قسمت البيوت فى محال متعددة قسمة واحدة بالإجماع ، فلأن قسمت فى دور متعددة قسمة واحدة بالإجماع أولى كما لايخفى . ومنها ما ذكره صاحب الكافى فى الفصل السابق حيث قال : ثم هى على ثلاثة فصول عند أبى حنيفة : الدور ، والبيوت ، والمنازل . فالدور لاتقسم عنده قسمة واحدة إلا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة ، والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة ، لأنها لاتتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤجر بأجرة واحدة فى كل محلة . والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة ، والمتباينة كالدور لاتقسم قسمة واحدة لأن المنزل فوق البيت ودون الدار ، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازقة ، وبالدور إذا كانت متباينة . وقالا فى الفصول كلها : ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه ليمضى القسمة على ذلك انتهى . وهكذا ذكر فى الفصل السابق فى عامة الشروح حتى قال فى العناية هناك : والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى . ومنها ماذكره الإمام قاضيخان فى فتاواه حيث قال : وإن كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما فى بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ، ولو كان بينهما منزلان إن كانا منفصلين فهما كالدارين لايجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ، ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد ، وهذا كله قول أبى حنيفة . وقال صاحباه : الدار والبيت سواء والرأى فيه للقاضى انتهى .

بينهم فكان بانيا على خالص حقه ، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك ، وهو لايجوز من غير رضا الشركاء ، وإن كان المقسوم أرضا يرفع من الطريق بمقدار مايمرّ فيه ثور واحد ، لأنه لابد للزراعة من ذلك ، ولا يجعل مقدار مايمرّ فيه ثوران معا ، وإن كان محتاجا إلى ذلك لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدى إلى مالايتناهى ، كذا فى النهاية ، وباقى كلامه واضح . قال (وإذا كان سفل لاعلو له) صورة المسئلة أن يكون علوا مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشتركا بينهما والكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة ، وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال : تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لايصح عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قسمة ذلك ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله : يقسم بالذرع لأنه الأصل فى القسمة فى المذروع لكون الشركة فيه لا فى القيمة . وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة . فإن كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما

الله عنه : هذا عند محمد رحمه الله : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : يقسم بالذرع . لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن . والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق . ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله : ذراع من سفل بذراعين من علو . وقال أبو يوسف رحمه الله : ذراع بذراع . قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى . وقيل هو اختلاف معنى . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات

ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالإجماع متصلين كانا أو منفصلين اهـ . إلى غير ذلك من المعتبرات . ولا يخفى على ذى فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق . وأما الثاني فلأنه إن أريد بالتراضي في قوله أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب . إذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية . فإنه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيفما كان بلا خلاف من أحد ، ألا يرى أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة . وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به قاطبة . وإن أريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم: ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضوا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة ، فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة . فالظاهر أن وجهه عدم إمكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور . فإذا لم يمكن التعديل فيا فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها . وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره ، فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل(قوله لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة) أقول : كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله إن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو ، وإن العلو يصلح لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك ، فإن مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفل على العلو مطلقا كما هو مذهب أبي حنيفة . فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو . بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافي القسمة بالذرع أصلا ويقتضي المصير إلى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل . وعن هذا قال فيما سيأتي : ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما ، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . وقال : والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بأن

نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين . وعلى هذا الحساب لأن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والإصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع . فقال أبو حنيفة : ذراع سفل بذراعين من علو . وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي . فقال بعضهم : أجاب كل واحد منهم

(قوله أو هو معنى فقهي) أقول : معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر .

العلو . ومنفعة العلو لاتبقى بعد فناء السفل ، وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى . وفى العلو السكنى لاغير إذ

مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان فى تفضيل السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما ، أو هو معنى فقهى فقال بعضهم : أجاب كل منهم على عادة أهل عصره . أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة فى اختيار السفل على العلو . وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى . ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى انتهى . أقول : فى أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك . ولا يخفى أن عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا إنما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا ، وهو ليس بمذهب أحد فى الاختلاف المذكور ، وإنما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال به أبو حنيفة واستواؤهما كما قال به أبويوسف . وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى كما قال به محمد . وليس الثالث بعكس الأول كما لايخفى . ولله درّ صاحب الهداية فى حسن تحريره وإصابته حيث قال فى تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى: فأصاب الحز فى إفادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة فى الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير) قال بعض الفضلاء : هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا المرافق . إلا أن يفرق بين ماذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اهـ . أقول : ليس ذاك بسديد . أما أولا فلأن معنى قوله فيا مر والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق أن المراعى فى نفس القسمة بالذرع التى هى الأصل التسوية فى السكنى لا فى المرافق . إذ الاتحاد فى الجنس يحصل بالاتحاد فى منفعة السكنى بدون الاحتياج إلى الاتحاد فى المرافق . فيصار إلى ما هو الأصل عند الاتحاد فى الجنس من قسمة العين دون القيمة . ومراده هاهنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفى العلو السكنى لاغير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا فى كيفية القسمة عند أبى حنيفة وهى ذراع من سفل بذراعين من علو ، ولا بعد فى أن يراعى فى كيفية القسمة بالذرع مالايراعى فى نفس القسمة بالذرع . فإن نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما فى قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين فى المقامين كما لايخفى . وأما ثانيا فلأنه لا معنى لقوله إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة . فإن المذكور فيا مر بقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق إنما هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف والمذكور هاهنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى إلى آخره إنما هو وجه قول أبى حنيفة وحده.

على عادة أهل عصره : أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى اختيار السفل على العلو . وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى ، ومحمد على ماشاهد من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى . وقال بعضهم : بل مبناه معنى فقهى . ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس . وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى ، وفى العلو منفعة السكنى لاغير . إذ لايمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل . ولأبى يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل مالايضرّ بالآخر على أصله . ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما ، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . وقوله لايفتقر إلى التفسير . وتفسير قول أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل . لأن العلو عنده مثل نصف السفل ، فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل فى مقابلة مثله من العلو المجرد . وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل الكامل فى مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فلذلك تمام مائة . ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل : لأن علوه مثل نصف سفله ، فستة وستون وثلثان من

(قال المصنف : وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) أقول : مخالف لقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق ، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر.

لايمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل ، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل. ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل مالايضر بالآخر على أصله . ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله . وقوله لايفتقر إلى التفسير ،وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله فى مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع ، لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا . والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله . وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد . ومائة ذراع من العلو المجرد ، لأن السفل والعلو عنده سواء ، فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو . قال (وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه : هذا الذى ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لاتقبل . وهو قول أبي يوسف أوّلا ، وبه قال الشافعي . وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء . لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل ، كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله . ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لاعلى فعل أنفسهما ، لأن فعلهما التميز ولا حاجة إلى الشهادة عليه . أو لأنه لايصلح مشهودا به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه . وقال الطحاوى : إذا قسما بأجر لاتقبل الشهادة بالإجماع ، وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل . إلا أنا نقول : هما لايجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنما

وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ماذكره محمد،وما ذكره أبو حنيفة فى دفع المخالفة بينهما كما ادعاها ، على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح ، إذ لاشك فى ظهور الفرق بين ماذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول : حق التحرير أن يقال : إن أصل المقصود هو السكنى ، وهذا ظاهر للفطن المتدبر فى المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء : قوله والسفل المجرد إلى آخره مستدرك لاحاجة إليه كما لايخفى انتهى . أقول : دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الإنصاف ، فإن قوله فيما قبل لأن العلو مثل نصف السفل ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع ، وإنما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد : أى سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لأنه

السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل فى مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة . وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ماذكر فى الكتاب (قوله وإذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيبي فى يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدورى ولم يذكر خلافا ، وكأنه مال إلى قول الخصاف فإنه ذكر قول محمد كقولهما . وقوله أو لأنه : أى التميز لايصلح مشهودا به لما أنه غير لازم قبل ، لأن الرجوع

(قوله فى السفل المجرد) أقول : الظاهر أن يقال من السفل (قال المصنف : والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول : قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لاحاجة إليه كما لايخفى .

لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التميز ، وإنما الاختلاف فى الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لاتقبل) لأن شهادة الفرد غير مقبوله على الغير . ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل يقبل قول الأمين فى دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل فى إلزام الآخر إذا كان منكرا ، والله أعلم .

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها)

قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا فى يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة) لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة (فإن لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما . لأن النكول حجة فى حقه خاصة

نصف العلو فيجعل بمقابلة مثله : أى بمقابلة مثله من السفل المجرد الذى لا علو عليه أصلا. نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم .

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى أن تقع وأن لاتقع أخر ذكرها . قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان : والأصل فى هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون فى مقدار ما حصل بالقسمة أو فى أمر بعد القسمة ، فإن كان الأول تحالفا وتفسخ القسمة إن لم يكن فى دعواه متناقضا ، وإن كان الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر اه. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإنهم إذا اختلفوا فى التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لاتحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجىء انتهى . أقول : ذلك مندفع ، فإن الظاهر أن المقسم فى الأصل المزبور هو الاختلاف الملتفت إليه المعتبر فى الشرع ، وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف فى التقويم فيما إذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما إذا كانت بقضاء القاضى ، ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات إليه فى الشرع كما سيجىء ، فلا يرد به النقض على شىء من القسمين المذكورين فى الأصل المزبور (قوله فإن لم تكن له بينة استحلف الشركاء) لأنهم لو أقروا لزمهم . فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول ، كذا فى الكافى وعامة الشروح .

صحيح قبل القبض ، وهو صحيح إذا كانت القسمة بتراضيهما . أما إذا كان القاضى أونائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام ، والباقى واضح .

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أخر ذكرها . والأصل فى هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون فى مقدار ما حصل بالقسمة أو فى أمر بعد القسمة ، فإن كان الأول تحالفا وتفسخ القسمة إن لم يكن فى دعواه متناقضا . وإن كان الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر فعلى هذا إذا ادعى أحدهما الغلط فى القسمة وزعم أن مما أصابه شيئا فى يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة كالمشترى إذا ادعى لنفسه خيار الشرط ، فإن أقامها فقد نور دعواه بها ، وإن عجز عنها استحلف الشركاء ، لأنهم لو أقروا

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق)

(قوله فإن كان الأول تحالفا الخ) أقول : وفيه بحث ، فإنهم إذا اختلفوا فى التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لاتحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجىء (قوله وإن عجز عنها استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا لزمهم الخ . أقول : لو صح لدل على

فيعاملان على زعمهما . قال رضى الله عنه : ينبغى أن لاتقبل دعواه أصلا لتناقضه . وإليه أشار من بعد (وإن قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعى عليه الغصب وهو منكر (وإن قال أصابنى إلى موضع كذا فلم يسلمه إلىّ ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة)

وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقرّ له إذا ادعى المقر أنه كذب فى إقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد انتهى . أقول : ليس ذاك بوارد إذ قد تقرر فى كتاب الإقرار أن حكم الإقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له إلا فى نسب الولاد ونحوه . ولكن يرد الإقرار برد المقر له ،إلا بعد تصديقه . فإنه لايرد حينئذ أصلا فإذا تقرر ذلك فادعاء المقرّ أنه كذب فى إقراره إن كان بعد تصديق المقر له إياه فى إقراره لايدل ماذكروا هاهنا على وجوب تحليف المقر له هناك إذ لايتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر فى إقراره بعد تصديقه إياه فى إقراره لزمه ذلك ، فإن الإقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك بشىء بإقراره بكذب المقر فى إقراره . وإلا لزم أن يرد الإقرار الأول برد المقر له ذلك بعد تصديقه إياه، وإن كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر فى إقراره فلا يدل ماذكروا هاهنا أيضا على ذلك،فإنه يتمشى فيه أن يقال : لو أقر المقر له بكذب المقر فى إقراره لزمه ذلك . ولكن لايتمشى فيه أن يقال فإذا أنكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه . لأنه إذا أنكر ذلك كان مصدقا له فى إقراره . لأن إنكار كذبه فى إقراره يقتضى تصديقه فى إقراره،فبعد ذلك لايقبل الإقرار الرد فلا فائدة فى استحلافه . ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند أبى حنيفة ومحمد، بخلاف ما نحن فيه . تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة . ثم أقول : لكن بقى فيما ذكروا شىء وهو أن قولهم لرجاء النكول فى قولهم فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول إنما يرتبط بما قبله على قول من قال إن النكول إقرار . وأما على قول من قال إنه بذل لا إقرار كما ذهب إليه أبوحنيفة على ما مر فى كتاب الدعوى مفصلا فلا،فإنه إذا لم يكن إقرارا لايلزم من لزوم إقرارهم لو أقروا وجوب استحلافهم إذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوّله كما لايخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه : ينبغى أن لاتقبل دعواه أصلا لتناقضه) قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية : وفى المبسوط وفى فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا . وقال : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى إقراره باستيفائه حقه ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ماذكره صدر الشريعة : وفيه بحث ، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعا عن صحة الدعوى لاتسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى ، وإن لم يكن مانعا ينبغى أن يتحالفا . أقول : يمكن أن يقال : إنه ليس بمانع عن صحة الدعوى . ولا ينبغى أن يتحالفا بناء على ماحققه صاحب الذخيرة حيث قال : وأما دعوى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة فنوعان : نوع يوجب التحالف . ونوع لايوجب التحالف. والذى يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطا فى مقدار الواجب بالقسمة على وجه لايكون مدعيا

لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول . فمن حلف لاسبيل عليه . ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر فى الكتاب ، ، ولا تحالف لوجود التناقض فى دعواه . قال المصنف رحمه الله (ينبغى أن لا يقبل دعواه أصلا) يعنى وإن أقام البينة لتناقضه . لأنه إذا أشهد على نفسه : أى أقرّ بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا . قوله (وإليه أشار من بعد) يريد قوله وإن قال أصابنى إلى موضع كذا فلم يسلمه إلىّ ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء

وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب فى إقراره ، مع أنه لاتحليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (قال المصنف : ينبغى أن لايقبل دعواه) أقول : قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : وفى المبسوط وفى فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا . وقال : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى إقراره باستيفائه حقه ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى . وفيه بحث ، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعا عن صحة الدعوى لاتسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى ، وإن لم يكن مانعا ينبغى أن يتحالفا .

لأن الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى . إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش (لأن تصرفه مقيد بالعدل

الغصب بدعوى الغلط . والذى لايوجب التحالف أن يدعى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط . وقال فى النوع الأول : وإنما وجب التحالف لأن القسمة فى معنى البيع ، وفى البيع إذا وقع الاختلاف فى مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان قائما هكذا فى القسمة . وقال : هذا إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق . وأما إذا سبق لاتسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب . وقال فى النوع الثانى : إذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما فى مقدار الواجب بالقسمة كما فى النوع الأول ، فباعتبار دعوى الغصب لايجب التحالف كما فى سائر المواضع ، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فإذا وجب من وجه دون وجه لايجب انتهى . فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع فى متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا ، بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة إلى التكلف الذى ذكره صدر الشريعة ، لأن دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثانى من النوعين المذكورين فى الذخيرة لايناقض الإقرار باستيفاء حقه من قبل كما لايخفى على المتأمل (قوله لأن الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول : فيه بحث ، وهو أن ما تقدم فى باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما إذا اختلف المتبايعان فى المبيع قبل القبض على وفاق القياس ، لأن أحد المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها ، وإن الآخر يدعى وجوب تسليم البدل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف ، وأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن القابض منهما لايدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه ، لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » فإذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فإنه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيئا ، وإنما يدعى الآخر عليه بعض مافى يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ، ولا مجال لإجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لأن ذلك النص كان واردا فى البيع على خلاف القياس ، وقد تقرر عندهم أن مايرد على خلاف القياس يختص بمورده . ولا بطريق دلالة النص ، لأن القسمة ليست فى معنى البيع من كل وجه إذ فيها معنى الإفراز والمبادلة معا كما مر فى صدر كتاب القسمة ، والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الإفراز ، ولا بد فى الإلحاق بطريق الدلالة من الأولوية أو التساوى على ماعرف

وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة ، لأن الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع . ووجه الإشارة أن هذا المعنى قد وجد فى الصورة الأولى ، ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى . وإذا كان التناقض موجودا وجب أن لاتقبل دعواه أصلا ، وإن قال قد استوفيت حتى وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعى عليه الغصب وهو ينكر . ولو اختلفا فى التقويم فلا يخلو إما أن يكون يسيرا أو فاحشا لايدخل تحت تقويم المقومين . فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى ، لأن الاحتراز عن مثله عسر جدا ، وإن كان الثانى ، فإن كانت القسمة بقضاء القاضى فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد ، وتصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد ، وإن كانت بالتراضى لم يذكره محمد رحمه الله . وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله أنه كان يقول : لقائل أن يقول : لاتسمع هذه الدعوى لأن القسمة فى معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لاتوجب نقضه

(قوله ووجه الإشارة أن هذا المعنى الخ) أقول : بل وجه الإشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه إن أشهد لايتحالفان على ما هو المقرر فى الروايات لأن دعواه لم تصح للتناقض ، فإذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تأمل .

(ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهم بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة) لما قلنا (وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لأنه خارج ، وبينة الخارج تترجح على بينة ذى اليد (وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادّا . وكذا إذا اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه) لما بينا (وإن قامت لأحدهما بينة قضى له . وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما فى البيع .

(فصل)

قال(وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى حنيفة ورجع بحصة ذلك فى نصيب

فى موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتأمل فى الدفع (قوله ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا) قال فى العناية : قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى . واستشكله بعض الفضلاء حيث قال : فسخ القسمة ليس بظاهر . فإن المدعى شيء معين وهو البيت ، فإذا نوّر دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى . أقول : الظاهر أن المراد بفسخ القسمة فى قوله لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة فى الظاهر على كون ذلك البيت فى نصيب ذى اليد لافسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافى ما سيجيء فى الفصل الآتى من أنه إذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لاتنفسخ القسمة بالإجماع فى الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الأول فيما نحن فيه إذا نوّر دعواه بالبينة ظاهر لايخفى .

(فصـــل)

أما البيع من غير المالك فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصىّ . ولقائل أن يقول : تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة شرط فى القسمة ، والتعديل فى الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة . فإذا ظهر فى القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها . والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول وهو مختار المصنف رحمه الله . وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثانى . قوله (ولو اقتسما دارا) هو عين مسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها . وقوله (وكذا إذا اختلفا فى الحدود) قيل صورته : دار اقتسمها رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى فى يد صاحبه داخل فى حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى فى يد صاحبه لما بينا : يعنى قوله لأنه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذى اليد ، والباقى واضح .

(فصـــل)

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما) هاهنا ثلاثة أوجه : استحقاق بعض معين

(قوله لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول : فسخ القسمة ليس بظاهر ، فإن المدعى شيء معين وهو البيت ، فإذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت المدعى .

(فصل : وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه)

صاحبه . وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة) قال رضي الله عنه : ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر فى الأسرار . والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأما فى استحقاق بعض معين لاتنفسخ القسمة بالإجماع ، ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق . فهذه ثلاثة أوجه . ولم يذكر قول محمد . وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الأصح .

لما فرغ من بيان الغلط شرع فى بيان الاستحقاق (قوله قال رضي الله عنه : ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الأسرار) أى قال المصنف : ذكر القدورى الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما ، وهكذا ذكر الاختلاف فى الأسرار . قال صاحب النهاية : وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا ، لأن هذه المسئلة مذكورة فى الأسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى . أقول : وتعدية الحوالة بكلمة إلى فى قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا أيضا ، والمطابق للغة تعديتها بكلمة على . وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته : وأقول : وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر ، فإن قول القدورى وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه : وإذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع

فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا . واستحقاق بعض شائع فى النصيبين . واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين . فى الأول لاتفسخ القسمة بالاتفاق . وفى الثانى تفسخ بالاتفاق . وفى الثالث لم تفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله ، ولكن يخير إن شاء رجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه ، وإن شاء ردّ ما بقى واقتسم ثانيا . وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ، ومحمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص وهو الصحيح . وصورة المسئلة إن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بأن تكون قيمة الدار ألفا ومائتى درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة مابقى مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم . فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده . لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده وقيمته ثلاثمائة ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير فى يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين . قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعنى القدورى رحمه الله فى استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر فى الأسرار أنذا لاختلاف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما . قال صاحب النهاية رحمه الله : وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا ، لأن هذه المسئلة مذكورة فى الأسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة . وأقول : وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر ، فإن قول القدورى وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض ، فيكون تقدير كلامه :

(قوله فى الأول ، إلى قوله : وفى الثالث) أقول : أراد بالأول قوله استحقاق بعض معين ، وأراد بالثانى قوله واستحقاق بعض شائع فى النصيبين ، وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين (قوله فى الأول لايفسخ القسمة بالاتفاق) أقول : فى شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه ، ونص عبارته : وإن استحق البعض من نصيب كل واحد ، فإن كان شائعا فسخت القسمة ، وإن كان معينا لم يذكر هذه المسئلة . فأقول : لايفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن ، فإن كان الباقى فى يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لأحدهما على صاحبه ، وإن نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة ، كما إذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا ، وخمسة من ذلك فلا رجوع ، وإن كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثانى على الأول بذراع . وفى غاية البيان : والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه : فى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا لاتنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص فى ذلك) أقول : لكنه ظاهر فيه . ويكفى ذلك المصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول : الأصل فى أمثاله

لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما . والقسمة بدون رضاه باطلة، كما إذا استحق بعض شائع فى النصيبين . وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا، بخلاف المعين . ولهما أن معنى الإفراز لاينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما و بين ثالث والنصف المؤخر بينهما لاشركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لأحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا فى الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين ، بخلاف الشائع فى النصيبين لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه

لا فى المعين انتهى . أقول: لايخفى على ذى فطرة سليمة أن كلام القدورى إن لم يكن نصا فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لايشتبه على أحد من فحول العلماء ، لأن قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور فى هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة . وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان لمجرد التأكيد بل صار بمنزلة اللغو فى مثل هذا المقام ، وأما إذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للمراد مزيلا للإبهام فأنى هذا من ذلك . على أن الأصل فى أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف إليه كما بين فى محله . فتبين أن كلام القدورى ظاهر فيما حمل عليه المصنف ، وقد تقرر فى علم الأصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على أحد معنيى القطعى وهو مايقطع الاحتمال الناشئ عن دليل . إلا أن التفاوت بينهما : أى بين الظاهر والنص إنما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة) قال صاحب العناية فى تعليل هذه المقدمة : أعنى قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لأن موضوع المسئلة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى انتهى . ومأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الإمام علاء الدين الإسبيجابى حيث قال : وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى : وضع المسئلة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبى حنيفة لاتصح إلا عن تراض انتهى . وأورد بعض الفضلاء على

وإذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لا فى المعين . لأبى يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة ، لأن موضوع المسئلة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى . وصار كما إذا استحق بعض شائع فى النصيبين فى انعدام معنى القسمة وهو الإفراز . أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح ، وأما فى النصيب الآخر فلأنه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا ، بخلاف المعين فإن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراءه ، لكنه يتخير إن شاء نقض القسمة من الأصل لأنه ما رضى بها إلا على تقدير المعادلة وقد فاتت . ولهما أن معنى الإفراز لاينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحدهما لأنه لايوجب الشيوع فى نصيب الآخر ، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بأن كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقتسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر ، وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الأولى وصار كاستحقاق بيت معين فى عدم انتفاء معنى الإفراز . بخلاف الشائع فى النصيبين ، فإنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث

تعلقه بالمضاف على ما بين ، ثم الحمل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل (قوله لأن موضوع المسئلة فيما إذا تراضيا على القسمة) أقول : لاحاجة إلى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى ، فإنها إذا كانت بقضاء القاضى يبطل أيضا إذا لم يرض الغائب على ما يجيء فى شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى) أقول : فيه بحث . فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القيمة بقضاء القاضى أيضا ، بل اعتبارها فيها آكد ، ولهذا لو كان بالغبن الفاحش فلأحد الطرفين يفسخ على ما مر فى الدرس السابق (قوله فاقتسما الاثنان)

فى النصيبين . أما هاهنا لاضرر بالمستحق فافترقا . وصورة المسئلة : إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم : فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده من المؤخر ، لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل . ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقى شائعا رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض . وعند أبى يوسف : مافى يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده ، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه .

قول صاحب العناية لأن موضوع المسئلة فما إذا تراضيا على القسمة حيث قال : لا حاجة إلى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى . فإنها إذا كانت بقضاء القاضى تبطل إذا لم يرض الغائب على مايجيىء فى شرح قوله ولو أبرأه الغرماء انتهى. أقول : ليس ذلك بصحيح . إذ لا شك أن القسمة بين الورثة إذا كانت بقضاء القاضى لاتبطل بعدم رضا الغائب : ألا يرى إلى مامر فى الكتاب فى أوائل كتاب القسمة من قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه انتهى. ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضى القسمة فى تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين . ثم إن قوله على مايجيىء فى شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بحوالة رابحة . إذ لاشىء فى شرح ذلك مايوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة : نحن نقضى حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له لأن حقهما فى عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاهما انتهى. لكن المراد بانتقاض القسمة فى صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها فى قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها فى مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج إلى الاستئناف كما هو قول أبى يوسف فيما نحن فيه، أو المراد انتقاضها بالكلية أيضا ، لكن فى صورة القسمة بالتراضى دون القسمة بقضاء القاضى ، إذ لاتنقض القسمة بالكلية فيما إذا ظهر وارث أو الموصى له إذا كانت القسمة بقضاء القاضى . نص عليه فى البدائع حيث قال فيه : موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع : منها ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم . ثم قال : ومنها ظهور الوصية لأن الموصى له شريك الورثة ؛ ألا يرى أنه لو هلك من التركة شىء قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقى على الشركة بينهم . ولو اقتسموا وثمة وارث غائب تنقض، فكذا هذا . وقال : وهذا إذا كانت القسمة بالتراضى : فإن كانت بقضاء القاضى لاتنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضى

بتفريق نصيبه فى النصيبين، أما هاهنا فلا ضرر للمستحق . وقوله(وصورة المسئلة) يعنى مسئلة الكتاب لا المستشهد بها، وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس . قوله (ولو باع صاحب المقدم نصفه) يعنى النصف من الثلث المقدم الذى وقع فى نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثانى رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعنى من قوله لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده إلى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض فى فسخ القسمة ، لأن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع . وعند أبى يوسف رحمه الله ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقى بعد الاستحقاق . قوله(والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال : ينبغى أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة . والبناء على الفاسد فاسد . ووجهه أن القسمة فى معنى البيع لوجود المبادلة ، وإذا كانت فاسدة كانت فى معنى البيع الفاسد ، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه ، وهو مضمون بالقيمة لتعذر

أقول : الظاهر أن يقال : فاقتسم الاثنان (قال المصنف : لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده) أقول : يعنى فى حق المقاسم لافى حق المستحق : فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضاه باطلة .

قال(ولو وقعت القسمة ثم ظهر فى التركة دين محيط ردّت القسمة)لأنه يمنع وقوع الملك للوارث، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة . إلا إذا بقى من التركة مايفى بالدين وراء ماقسم لأنه لاحاجة إلى نقض القسمة فى إيفاء حقهم. ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال . ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لأنه لاتناقض ، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة . ولو ادعى عينا بأى سبب كان لم يسمع للتناقض . إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا .

إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لاتنقض قسمته ، لأن القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد ، وقضاء القاضى إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض . ثم قال : ومنها ظهور الوارث ، حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ، ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لاتنقض لما ذكرنا ، إلى هنا لفظه . ثم إن ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لأنه اعتبر القيمة فيها فلابد من التراضى حيث قال : فيه بحث ، فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيه آكد ، ولهذا لو كان بالغبن الفاحش فى أحد الطرفين تفسخ على ما مر فى الدرس السابق انتهى . أقول : هذا أيضا ليس بصحيح ؛ لأن القسمة بالقيمة لاتصح عند أبى حنيفة أصلا إلا عن تراض . وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبى حنيفة فى كثير من المسائل المتقدمة فى الكتاب، فاعتبار القيمة فى هذه المسئلة على قول أبى حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور فى عامة الكتب حتى فى كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما إذا تراضيا على القسمة لا فيما إذا كانت بقضاء القاضى ؛ فقوله فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضا إن أراد أنها معتبرة عند أبى حنيفة فى صورة القضاء أيضا فليس كذلك ، وإن أراد به أنها معتبرة فى صورة القضاء أيضا عند غير أبى حنيفة فلا يجدى شيئا ، فإن عدم اعتبارها عند أبى حنيفة كاف فى تمام ما قاله صاحب العناية . وقوله بل اعتبارها فيها آكد فى عدم الإصابة . لأن تحقق الغبن الفاحش لاينحصر فى أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر ، بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم ؛ فأبو حنيفة يعتبر فى غبن القسمة بالقضاء التفاوت فى العين بإحدى الجهات المذكورة دون التفاوت فى القيمة ، وما مر فى الفصل السابق من مسئلة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لايدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة ، بل قد ذكر هناك فى بعض الشروح للغبن مثال هو صريح فى التفاوت فى العين بأن يقال : وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الأكثر الغبن إلى آخر المسئلة (قوله ولو ادّعى أحد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه ، لأنه لاتناقض ، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : إن لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان

الوصول إلى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه . قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر فى التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرإ الغرماء ردّت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث . حتى لو كان فى التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق ، وكذا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة ، إلا إذا بقى من التركة ما بقى من الديون وراء ماقسم ، لأنه لاحاجة إلى نقض القسمة فى إيفاء حقهم . ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أى تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لأن المانع قد زال ، بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له ، لأن حقهما فى عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما . وعلى هذا لو ادّعى أحد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح . ولو ادعى عينا لم يصح لأن الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم

(فصل فى المهايأة)

المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه ، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ، ولهذا يجرى فيه

له أن ينقض القسمة ، وذلك سعى فى نقض ما تم من جهته . والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، لأنه إذا ثبت الدين بالبينة ، فإن لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى بها أولا فلزم السعى فى نقض ماتم من جهته ومدار السؤال عليه ، فإن السعى فى نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف فى نظائره . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : أنت خبير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس ، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعى فى نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة . والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه . أقول : وأنت خبير بأن كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد هاهنا ، فإن المجيب لا يقول : إن هذه الدعوى غير صحيحة فى ابتداء الأمر ثم تبين صحتها بعد إقامة البينة ، بل يقول : إنها صحيحة فى الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة ، بل احتمال ثبوت الدين بالبينة ، فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار إليه بقوله فلا يلزم ذلك ، فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعى فى نقض ماتم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة ، وإنما الذى لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق ، وذلك لا يدفع السؤال المزبور . ثم إن قول ذلك البعض : والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم ، فما لا ينبغى أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل ، لأن الكلام فيما إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة إذ الحكم فيما إذا بقى من التركة بعد القسمة ما يفى بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر فى المسئلة المتقدمة مفصلا .

(فصل فى المهايأة)

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع فى بيان أحكام قسمة الأعراض التى هى المنافع ، وأخرها عن قسمة الأعيان لكون الأعيان أصلا والمنافع فرعا عليها . ثم إن المهايأة فى اللغة : مفاعلة مشتقة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشىء . وإبدال الهمزة ألفا لغة فيها . والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به . وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها . يقال هايأ فلان فلانا وتهايأ القوم . وفى عرف الفقهاء : هى عبارة عن قسمة المنافع ، كذا فى الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه) قال الشراح : والقياس يأبى جوازها ، لأنها مبادلة المنفعة بجنسها ، إذ كل واحد من

يتناقض فى دعواه بالإقدام على القسمة ، ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها ، فالإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه . ولقائل أن يقول : إن لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعى فى نقض ما تم من جهته . والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك .

(فصل فى المهايأة)

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع فى بيان أحكام قسمة الأعراض وهى المهايأة ، وأخرها عن قسمة الأعيان

(قوله والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول : أنت خبير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس ، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعى فى نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة ، والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر ، أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل .

(فصل فى المهايأة)

جبر القاضى كما يجرى فى القسمة . إلا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع فى زمان واحد . والتهايؤ جمع على التعاقب . ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ فى التكميل . ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ . ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو تهايئا فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة ، والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ولهذه لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه

الشريكين ينتفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته اهـ . أقول : فيه شيء ، وهو أن ماذكروا فى وجه إباء القياس جوازها إنما يتم فى صورة التهايؤ من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بعين واحد مدة وينتفع الآخر به مدة أخرى ، لا فى صورة التهايؤ من حيث المكان كما إذا تهايئا فى دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها ، فإن التهايؤ فى هذه الصورة إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجيء فى الكتاب عن قريب . والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الإطلاق أمرا استحسانيا مخالفا للقياس ، وماذكروا فى بيانه لا يفى بذلك كما ترى (قوله إلا أن القسمة أقوى منه فى استكمال المنفعة ، لأنه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول : فى كلية هذا التعليل نظر ، إذ قد صرحوا بأن التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان ، وسيأتى فى ذلك الكتاب أيضا ، والجمع على التعاقب إنما هو فى التهايؤ من حيث الزمان ، وأما فى التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع فى زمان واحد كما ستحققه . نعم إن القسمة فى الأعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذى هو قسمة المنافع لحصول التملك فى الأولى من حيث الذات والمنفعة ، وفى الثانى من حيث المنفعة فحسب (قوله والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة)

لكونها فرعا عليها ، ولا خال أن الترجمة بالباب أولى ، لأن الكلام فى باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ، ويجوز أن يقال : إنها فصل من كتاب القسمة وفيه مافيه . والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة ألفا ، وتحقيقه أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها . أو أن الشريك الثانى ينتفع بالعين على الهيئة التى ينتفع بها الشريك الأول . وفى عرف الفقهاء : هى عبارة عن قسمة المنافع . وهى جائزة استحسانا . والقياس يأباها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها ، إذ كل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه فى نوبته ، لكنا تركنا القياس بقوله تعالى - لها شرب ولكم شرب يوم معلوم - وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليها إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ، ولهذا يجرى فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجرى فى القسمة إلا أن القسمة أقوى منها فى استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع فى زمان واحد . والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا : أى ولكون القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ فى التكميل ، ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما . لأنه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم بجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف . ولو تهايئا فى دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر فى المتن . فالتهايؤ فى هذا الوجه وهو أن يسكن هذا فى جانب من الدار ويسكن هذا فى جانب آخر منها فى زمان واحد إفراز لا مبادلة لتحقق معناه ، فإن القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين ، وكذلك فى حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت . ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة ويشترط التأقيت . قيل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحا لكونه إفرازا فإنه إذا كان إفرازا

(قوله لأنها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول : يعنى نسيئة (قوله يجوز أن يكون توضيحا ، إلى قوله : ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وإن لم يشترط فى العقد ذلك) أقول : منقوض بالإعارة .

بالمهايأة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه (ولو تهايئا فى عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز ، وكذا هذا فى البيت الصغير (لأن المهايأة قد تكون فى الزمان ،

ولهذا لايشترط فيه التأقيت ، هذا إيضاح أنه إفراز ، لأنه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة حينئذ فيشترط التأقيت ، كذا فى الشروح . أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط فى الإجارة فهو مسلم ، لكن لايلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه إفرازا من وجه حتى يثبت كونه إفرازا بجميع الأنصباء لجواز أن يكون إفرازا من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون إفرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة فى الناحية التى يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها فى الناحية الأخرى بنصيب الآخر فى الناحية التى يسكن هو فيها ، كما قالوا فى قسمة الأعيان على مامر فى صدر كتاب القسمة أنها لاتعرى عن المبادلة والإفراز لأن مايجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا ، وإن أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط فى الإجارة فهو ممنوع ، لأن الإجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه . قال صاحب العناية فى تعليل قول المصنف والتهايؤ فى هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء ، فإن القاضى يجمع جميع منافع أحدهما فى بيت واحد بعد أن كانت شائعة فى البيتين ، وكذلك فى حق الآخر انتهى . وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة فى شرح هذا المقام . أقول : فيه نظر ، لأن جميع المنافع الشائعة فى البيتين فى بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر كما تقرر فى محله فكيف يتمكن القاضى من جمعها . فإن قلت : ليس المراد أن القاضى يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر : بل المراد أن القاضى يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار إليه المصنف بقوله ولهذا لايشترط فيه التأقيت . قلت : اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الثانى لأجل دفع الأول ، وأيضا اعتبار المحال متحققا ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الإجارة هاهنا للضرورة حتى يرتكب الأول دون الثانى وترك كثير مما يعتبر فى الشرع لأجل الضرورة شائع فى قواعد الشرع ؛ ألا يرى إلى ماذكروا فيما مر آنفا من أن القياس يأبى جواز التهايؤ لأنه مبادلة المنفعة بجنسها وهى لاتجوز عندنا على ما تقرر فى كتاب الإجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس إليه ، على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الأنصباء فى بيت واحد ممنوع ، لأنه إنما يلزم ذلك أن لو كان التهايؤ فى الوجه المذكور مبادلة من كل وجه . وأما إذا كان إفرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لأن اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة : فإن قلت : المنافع فى العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لايملك الإجارة . قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضى المدة فلا فائدة انتهى . أقول : جواز الاسترداد قبل مضى المدة هاهنا أيضا متحقق ، إذ قد مر فى الكتاب أنه لو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لكون القسمة أبلغ ، فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل المهايأة قبل مضى المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهايأة بناء على حدوث المنافع على ملكه ، ولا فائدة فى الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضى المدة كما فى صورة الاستعارة (قوله ولو تهايئا فى عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا فى البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون فى الزمان

كانت المنافع حادثة على ملكه ، ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وإن لم يشترط فى العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ، ذكره شمس الأئمة السرخسى رحمه الله ، وفيه نظر لأنه لو كان مبادلة كان كذلك أيضا ، والأولى أن يكون ابتداء كلام لنفى قول من يقول إنهما إذا تهايئا ولم يشترطا الإجارة فى أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه (ولو تهايئا فى عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز ، وكذا هذا فى البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون فى الزمان ،

وقد تكون من حيث المكان . والأول متعين هاهنا (ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى بأن يتفقا) لأن التهايؤ فى المكان أعدل وفى الزمان أكمل ، فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق (فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايئا فى العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضى وبالتراضى فكذا المهايأة . وقيل عند أبى حنيفة لايقسم القاضى . وهكذا روى عنه لأنه لايجرى فيه الجبر عنده .

وقد تكون من حيث المكان ، والأول متعين هاهنا) قال صاحب العناية : ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوما انتهى . أقول : ليس هذا بسديد لأنه إن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه أيضا إفراز بناء على أن المعطوف فى حكم المعطوف عليه فليس بصحيح . لأن مجرد العطف لايقتضى اشتراك المعطوفين فى جميع الأحكام ؛ ألا يرى أن كثيرا من المسائل المتباينة فى الأحكام يعطف بعضها على بعض. على أن التهايؤ فى العبد الواحد وفى البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان . ولا مجال فى مثل ذلك لأن يكون إفرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال فى دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين .وإن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه ليس إفراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا . إذ يكفى فى العطف المغايرة بينهما بحسب الذات . ولا يلزم فيه المغايرة بينهما فى جميع الأوصاف والأحكام حتى يتم ما ذكروه . وبالجملة لادلالة للعطف هاهنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الإفراز والمبادلة . فالتشبث بحديث العطف هاهنا مما لا معنى له أصلا كما لايخفى ثم قال صاحب العناية : فإن كانت المهايأة فى الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما فى الثياب والأراضى تعتبر إفرازا

من حيث المكان، والأول متعين هاهنا) ولم يذكر أن هذا إفراز أومبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوما. فإذا كانت المهايأة فى الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما فى الثياب والأراضى تعتبر إفرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لاينفرد أحدهما بهذه المهايأة ، وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها . وقيل تعتبر إفرازا من وجه عارية من وجه . لأنها لو كانت مبادلة لما جازت فى الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا النساء . والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض . وربا النساء ثابت عند أحد وصفى العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة فى الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره وإن كانت فى الجلس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لاتجوز بدون رضاهما لأن المهايأة قسمة المنافع ، وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان . وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه فى الجنس المختلف ، فكذا فى قسمة المنافع . ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما كالدار مثلا بأن يطلب أحدهما أن يسكن فى مقدمها وصاحبه فى مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضى أن يتفقا ، لأن لكل واحد منهما مزية فلا ترجيح لأحدهما ، إذ التهايؤ فى المكان أعدل لاستوائهما فى زمان الانتفاع من غير تقديم لأحدهما على الآخر ، وفى الزمان أكمل لأن كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار فى نوبته ؛ فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم ، فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة (قوله ولو تهايئا فى العبدين) واضح . وقوله (وقيل عند أبى حنيفة رحمه الله : لا يقسم) أى قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه . وقوله (وهكذا روى عنه) يعنى روى الخصاف عنه

(قوله ولم يذكر ، إلى قوله: فكان معلوما) أقول : فيه بحث (قوله فإن كانت المهايأة) أقول : من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الأعيان من كل وجه) أقول : قوله من متعلق بالمبادلة لابالأعيان(قوله فلا يتعدى إلى غيره) أقول: قيل إجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الأعيان فينبغى أن يجوز (قوله وإن كانت فى الجنس المختلف كالدور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) (أقول : فينبغى أن لايجوز كإجارة السكنى بالسكنى ، ثم هو خالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر إفرازا وجوابه ظاهر ، فإن ذلك ليس من حيث الزمان بل فى المكان (قوله بأن يطلب أحدهما أن يسكن فى مقدمها الخ) أقول : الأولى أن لايمين المقدم والمؤخر .

والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا . لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايئا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة فى إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لايسامح فيها (ولو تهايئا فى دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر ، لأن الدارين عندهما كدار واحدة . وقد قيل لايجبر عنده اعتبارا بالقسمة . وعن أبى حنيفة أنه لايجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا . وبالتراضى لأنه بيع السكنى بالسكنى ، بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز . وجه الظاهر أن التفاوت يقل فى المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما يكثر التفاوت (١) فى أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفى الدابتين لايجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الأعيان . وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق . والتهايؤ فى الركوب فى دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا ، بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها . وأما التهايؤ فى الاستغلال يجوز فى الدار الواحدة فى ظاهر الرواية ،

من وجه مبادلة من وجه حتى لاينفرد أحدهما بهذه المهايأة . وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها . وقيل تعتبر إفرازا من وجه عارية من وجه . لأنها لو كانت مبادلة لما جازت فى الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا النساء والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض ورباالنساء ثابت عند أحد وصفى العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة فى الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره انتهى . أقول : هذا الذى ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط . وقد ذكر فى النهاية ومعراج الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث ، وهو أنه قد مرّ فى كتاب الإجارات أن إجارة المنافع بجنسها كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا . وقالوا فى تعليل ذلك: إن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة . وقال المصنف هناك : وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفى العلة وهى القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعدّ إلى غيره لما تم استدلال أئمتنا فى الإجارات على عدم صحة إجارة المنافع بجنسها بربا النساء . نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مرّ أيضا فى الكتاب هناك لكن الكلام فى الدليل الأول الذى ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار إليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق : وإن كانت فى الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لاتجوز بدون رضاهما ، لأن المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه فى الجنس المختلف ، فكذا قسمة المنافع انتهى . أقول : وهذا أيضا مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضا . أما أولا فلأنه قد ذكر فى الكتاب من قبل أن التهايؤ من حيث المكان إفراز لجميع الأنصباء لامبادلة . ولهذا لايشترط فيه التأقيت. ولا يخفى أن التهايؤ فى الجنس المختلف إنما يتصوّر بأن انتفع أحد الورثة بأحد الأجناس والآخر بالآخر كما فى الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ

بمثل ما قال المشايخ . وقوله (والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا) قال الكرخى : معنى قول أبى حنيفة إن الدور لاتقسم : أى أن القاضي لايقسمها ، فإن فعل جاز ، وعلى هذا تجوز القسمة فى الأصول فكذا فى المنافع ، وتعليل الكتاب وهو قوله (لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله فى الأصول بلا تأويل . وقوله (ولو تهايئا فيهما) واضح ،

(قوله قوله فى الأصول) أقول : أى قول أبى حنيفة رحمه الله لايقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول : على ما ذكره الكرخى .

---

(١) قول صاحب الهداية (أما يكثر التفاوت الخ) وجد بهامش الأصل : حق العبارة : أما التفاوت فيكثر فى أعيانهما ، لأن أما لايليها إلا الاسم اه مصححه .

وفى العبد الواحد و الدابة الواحدة لايجوز . ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء . والاعتدال ثابت فى الحال . والظاهر بقاؤه فى العقار وتغيره فى الحيوان لتوالى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة . ولو زادت الغلة فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة ليتحقق التعديل ، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة ، لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز) أيضا فى ظاهر الرواية لما بينا ، ولو فضل غلة أحدهما لايشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة . والفرق أن فى الدارين معنى التمييز . والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء ، وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يردّ عليه حصته من الفضل ، وكذا يجوز فى العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع . ولا يجوز عنده لأن التفاوت فى أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان فى العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز .

من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة إن كانت فى الجنس المختلف تعتبر مبادلة . وأما ثانيا فلأنه لو اعتبرت المهايأة فى الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة فى الدور كإجارة السكنى بالسكنى وفى العبيد كإجارة الخدمة بالخدمة ، ومثل ذلك لايجوز عندنا كما تقرّر فى الإجارات ، اللهم إلا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا . فالمراد مثل أن يتهايئا على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما فى مقابلة قوله من قبل كما فى الثياب و الأراضى . وأما ثالثا فلأن قوله وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع ، إذ قد تقرّر فى صدر كتاب القسمة أن قسمة الأعيان مطلقا لاتعرى عن معنى الإفراز . ومعنى المبادلة ، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر فى ذوات الأمثال . ومعنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الأمثال ، غير أن ذلك الغير إن كان من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء . وإن كان أجناسا مختلفة لايجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد. اللهم إلا أن يقال : المراد بما ذكر هاهنا أن قسمة الأعيان فى الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه فى الحقيقة فلا ينافى ماتقرّر فى صدر الكتاب. لكن فيه مافيه فتأمل(قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء والاعتدال ثابت فى الحال . والظاهر بقاؤه فى العقار وتغيره فى الحيوان لتوالى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال فى العناية : لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال . والظاهر أن عمله فى الزمان الثانى لايكون كما كان فى الأول ، لأن القوى الجسمانية متناهية انتهى . أقول : لقائل أن يقول : مقتضى هذا الوجه أن لايجوز التهايؤ فى العبد الواحد على نفس المنافع كما لايجوز على الاستغلال . إذ الظاهر أن منافعه التى هى أعماله لاتكون فى الزمان الثانى كما كانت فى الأول لتناهى القوى الجسمانية فتفوت المعادلة . مع أن التهايؤ فى العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مرّ من قبل فى الكتاب . ثم أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن التهايؤ فى العبد على الخدمة إنما جوز ضرورة أنها لاتبقى فيتعذر قسمتها . ولا ضرورة فى الغلة لأنها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا. وسيجىء فى الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لأن التفاوت فى أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان فى العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز) وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح فى غلة العبدين . لأن كل واحد منهما

وقوله (ووجه الفرق) يعنى بين جواز التهايؤ فى الاستغلال فى دار واحدة وعدمه فى العبد الواحد والدابة الواحدة . وقوله (فتفوت المعادلة) لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال ، والظاهر أن عمله فى الزمان الثانى لايكون كما كان فى الأول . لأن القوى الجسمانية متناهية . وقوله (ولو زادت الغلة فى نوبة أحدهما) يعنى فى الدار الواحدة . وقوله (فى ظاهر الرواية) احترازعما روى عن أبى حنيفة فى الكيسانيات أنه لايجوز . لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهى عنده فى الدارين لاتجوز للتفاوت . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت فى الحال الخ . وقوله (اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع) يعنى فى الاستخدام الخالى عن الاستغلال . وقوله (لأن التفاوت فى أعيان الرقيق أكثر منه) أى من التفاوت من حيث الزمان فى العبد الواحد ، لأنه قد

والتهايؤ فى الخدمة جوّز ضرورة ، ولا ضرورة فى الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا . ولأن الظاهر هو التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقاسان (ولا يجوز فى الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه فى الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لأن المهايأة فى المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ، وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها . والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه . إذ قرض المشاع جائز .

يصل إلى الغلة فى الوقت الذى يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة فى الخدمة . وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز ، بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الأصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت . كذا فى العناية . أقول : فى الجواب نظر ، إذ قد مرّ فى بيان فوت المعادلة فى التهايؤ فى العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال إنما يكون على حسب الاستعمال ، فلما قلّ التفاوت فى المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت فى الغلة أيضا بالضرورة ، فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السرّ فى أن جماعة من الشروح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين من قبل الإمامين وعزوه إلى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والتهايؤ فى الخدمة جوّز ضرورة . ولا ضرورة فى الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع ، وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها . قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : علل التهايؤ فى المنافع من قبل بقوله لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت . وعلله هاهنا بضرورة تعذر القسمة ، وفى ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل ، لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا ، لأن كل واحد منهما علة مستقلة . إلى هنا كلامه . أقول : لا السؤال بشىء ولا الجواب . أما الأول فلأن الباطل إنما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا توارده‍ما عليه على سبيل البدل كما تقرر فى موضعه ، واللازم فيما نحن فيه هو الثانى دون الأول . إذ لا يخفى أن المقصود من إيراد العلل المتعددة فى أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما

يكون فى أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل فى الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر . ثم التهايؤ فى استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ، ففى استغلال العبدين أولى أن لا يجوز . وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح فى غلة العبدين ، لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة فى الوقت الذى يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة فى الخدمة . وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز ، بخلاف الخدمة ، لما بينا من وجه الأصح أن المنافع فى الخدمة قلما تتفاوت . وقوله (والتهايؤ فى الخدمة جوّز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتتعذر قسمتها ، ولا ضرورة فى الغلة لإمكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ، ثم يقسمان ما حصل من الغلة . ولقائل أن يقول : علل جواز التهايؤ فى المنافع بقوله من قبل ، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة ، وفى ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل . لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا ، لا أن كل واحد منهما علة مستقلة . وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لإبطال القياس ولا يجوز فى الدابتين عنده خلافا لهما ، والوجه ما بيناه فى الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح .

(قوله وفى ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول : فيه تأمل (قال المصنف : إذ قرض المشاع جائز) أقول : نعم ، لكن تأجيل القرض ليس بجائز ، إلا أن يقال : ليس قرضا من كل وجه .

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع . وفى الشريعة : هى عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهى فاسدة عند أبى حنيفة ، وقال : هى جائزة لما روى أن « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع »

تصلح لإفادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الأخرى . وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أىّ طريق شاء . وأما الثانى فلأن الظاهر من تعليل المصنف بإحدى العلتين المذكورتين فى كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة ، وإلا يلزم أن لايفيد شىء منهما المدعى فى مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة . على أن استقلال كل واحدة منهما فى الإفادة بيّن . أما قلة التفاوت فلأن القليل فى حكم العدم فى عامة أحكام الشرع . وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف ، وليت شعرى ما ذا يصنع الشارح المزبور فى قول المصنف فيما بعد : ولأن الظاهر هو التسامح فى الخدمة إلى آخره . وقد اعترف بأنه وجه آخر لإبطال القياس . وكذا فى نظائر ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة فى كثير من المسائل ، فهل يجعل كل واحد منهما جزء العلة لاعلة مستقلة . والله الموفق للصواب .

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض فى عقد المزارعة من أنواع مايقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ، كذا فى الشروح (قوله قال أبو حنيفة : المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال فى العناية : إنما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع ، لأنه لو لم يعين أصلا أوعين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى . أقول : يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع ؟ فالوجه ما ذكر فى سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والربع مع أنه لاتجوز المزارعة فى جميع الصور عنده تبرّكا بلفظ الحديث فإنه جاء فى الحديث «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل : وما المخابرة ؟ قال : المزارعة بالثلث والربع » وإنما خص فى الحديث بذلك لمكان العادة فى ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى . والذى يمكن فى توجيه ما فى العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالإطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد : يعنى أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لا أنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج فى عقد المزارعة من أنواع مايقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها . وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره . وسببه سبب المعاملات . وشرعيته مختلف فيها . قال (قال أبوحنيفة رحمه الله : المزارعة بالثلث والربع باطلة) وإنما قيد بالثلث والربع لتبيين محل النزاع . لأنه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع (وقالا : هى جائزة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف مايخرج من ثمر أو زرع) ولما ذكر

(كتاب المزارعة)

ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة ، فإن ذا المال قد لايهتدى إلى العمل والقوىّ عليه لايجد المال ، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القزّ معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل فى تحصيلها فلم تتحقق شركة . وله ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهى المزارعة » ولأنه استئجار ببعض مايخرج من عمله فيكون فى معنى قفيز الطحان ، ولأن الأجر مجهول أومعدوم وكل ذلك مفسد. ومعاملة النبىّ عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المنّ والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شىء منه فله أجر مثله) لأنه فى معنى إجارة فاسدة . وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ، وإذا كان البذر من قبله فعليه

كالنصف وغيره ، لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة : قلت الربح فى المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما فى الربح وهنا كذلك انتهى . أقول : لم يجز فى المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك : وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سيأتى فى الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمعا مع العمل فى أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل (قوله لأنه لا أثر هناك للعمل فى تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية فى شرح هذا المحل : لأنه أى الزوائد على تأويل الزائد انتهى . أقول : هذا تعسف قبيح لايقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ أن يحمل الضمير فى قوله لأنه على الشأن كما لايخفى (قوله ومعاملة النبى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المنّ والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء : هذا مخالف لما أسلفه فى باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر ، فإن خيبر من أرض العرب اهـ . أقول : كون خيبر من أرض العرب ممنوع . كيف وقد تقرّر فى الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لايقر أهلها عليها على الكفر ، فإن مشركى العرب لايقبل منهم إلا الإسلام أوالسيف . وقد أقرّ النبىّ عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر ، وذكروا حدّ أرض العرب طولا وعرضا فى الباب المذكور ، فمن أتقن ذلك فى موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب

فى الكتاب من القياس وقوله (لأنه لاأثر هنالك للعمل فى تحصيلها) يعنى لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه . وإذا كان مضافا إليه لايضاف إلى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة (ولأبى حنيفة رحمه الله ما روى «أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة) فقيل : وما المخابرة؟ قال : المزارعة بالثلث أوالربع » (ولأنه استئجار ببعض مايخرج من عمله) فإنها لاتصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الإجارة (فتكون فى معنى قفيز الطحان . ولأن الأجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فإنه لايعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل منه أو أكثر (أومعدوم)على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد . ومعاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة)وهى أن يقسم الإمام مايخرج من الأرض وكان (بطريق المنّ والصلح) لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة ،فكان ماترك فى أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة ،وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لايصح إلابيان مدة معلومة (وهو) أى خراج المقاسمة بطريق المنّ والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوّزها ،ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعى إلى فرع هو نظيره وهاهنا ليس كذلك ،لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة . قوله (وإذا فسدت عنده) واضح .

(قال المصنف : ولأن الأجر مجهول أو معدوم) أقول : فإن قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف : ومعاملة النبى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول : مخالف لما أسلفه فى باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر ، فإن خيبر من أرض العرب فتأمل (قوله لأن معنى الإجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الإجارة

أجرمثل الأرض والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا . إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها . والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط : أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لايحصل بدونه (والثانى أن يكون ربّ الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لايختص به) لأن عقدا ما لايصح إلا من الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هى المعيار لها ليعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

(قوله والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه) قيل قوله لأنه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر . وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى ، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الآمر . كذا فى العناية وغيرها . أقول : النقض غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكر . أما الأول فلأن الزرع فى الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وإنما هو نماء ملك الغاصب ، إذ قد مرّ فى فصل مايتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا . ومثل ذلك بأمثلة : منها ما إذا غصب حنطة فزرعها ، فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا . وأما الثانى فلأن محل النقض إنما هو قوله لأنه نماء ملكه ، وما ذكر فى الجواب لايفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض . وإنما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بأمر غيره . والكلام فى الأول دون الثانى فلا يتم التقريب (قوله إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها ، والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع) أقول : لقائل أن يقول : نعم إن القياس يترك بالتعامل . ولكن النص لايترك بذلك لأن التعامل إجماع عملى . والإجماع لاينسخ به الكتاب ولا السنة على ماعرف فى علم الأصول . فبقى تمسك أبى حنيفة رحمه الله بالسنة . وهى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وأنه نهى عن المخابرة وهى المزارعة سالما عما يدفعه . فما وجه الفتوى على قولهما . ويمكن أن يقال لهما أن يدفعا ذلك

وقوله (والخارج فى الوجهين) يعنى فيما إذا كان البذر من قبل العامل ، وفيما إذا كان من قبل ربّ الأرض . وقوله (لأنه نماء ملكه) منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر . وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله ، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الآمر . وقوله (كما فصلنا) إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض الخ . وقوله (إلا أن الفتوى على قولهما) واضح . وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها ، حتى لو بين مدة لايتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة ، وكذا إذا بين مدة لايعيش أحدهما إلى مثلها غالبا لأنه يصير فى معنى اشتراط بقاء العقد إلى مابعد الموت . وقوله (لأنه) أى لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) يعنى إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعنى إذا كان البذر من قبل ربّ الأرض ، والمدة هى المعيار لها أى للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن . وقوله (وهو) أى المعقود عليه (منافع الأرض) إن كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) إن كان البذر من قبل رب الأرض ، فى الأول العامل مستأجر للأرض ، وفى الثانى رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام .

(قوله منقوض بمن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول : ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر ، فإن الغاصب ملكه بالزرع كما سبق فى الغصب (قال المصنف : والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول : لكن النص لايترك به ، ألا يرى إلى ما سبق فى باب الربا أن النص أقوى من العرف ، والأقوى لايترك بالأدنى ، وسيجيء أيضا فى فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لأنه لامعتبر بالعادة مع النص (قال المصنف : لأنه عقد على منافع الأرض) أقول : ذكر الضمير الراجع إلى المزارعة باعتبار الخبر ، أو لكونها فى معنى أن مع الفعل

(والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلابد أن يكون معلوما ، وما لايعلم لايستحق شرطا بالعقد . والسادس أن يخلى رب الأرض بينها وبين العامل ، حتى لوشرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله) لأنه ينعقد شركة فى الانتهاء ، فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الأجر معلوما . قال (وهى عندهما على أربعة أوجه : إن كانت الأرض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة الخياط ،

يحمل المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم على ما إذا شرط فى عقد المزارعة شرط مفسد ، إذ قد روى أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما . وقد أشار إليه صاحب الكافى حيث قال : فإن قيل : التعامل على خلاف النص باطل . قلنا : النصوص الواردة فى المجتهدات صور النصوص ، وإلا لايحل لأحد الخلاف فيها أو تحملها على ما إذا شرط شرطا مفسدا ، فقد روى أنهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما ، إلى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما) أقول : لاشك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لابد منه فى عقد المزارعة ، فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لايجدى كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح : لأنه إذا شرط فيها مايقطع الشركة فى الخارج تبقى إجارة محضة ، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معلوم انتهى . أقول : فيه شىء ، وهو أن القياس كما يأبى جواز قياس الإجارة المحضة بأجر معدوم يأبى جوازها بأجر موجود أيضا . إذ قد تقرر فى كتاب الإجارة أن القياس يأبى جواز الإجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذى هو المنفعة غير موجود فى الحال ، لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس إليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأبى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها إجارة محضة ، فالأظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم والإجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعا . ثم أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن مراد المصنف هاهنا غير ماذكره هؤلاء الشراح ، فإنهم عللوا كون مايقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه إذا شرط فيها مايقطع الشركة فى الخارج تبقى إجارة محضة ، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم ، والمصنف فرع كون مايقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ماقبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ماقبله وهو مضمون قوله لأنه ينعقد شركة فى الانتهاء فمراده أن عقد المزارعة شركة فى الانتهاء وإن كان إجارة فى الابتداء فكان معنى الشركة معتبر فى انعقاد المزارعة ، فما يقطع هذه الشركة ينفى المعنى المعتبر فى انعقادها فيفسد عقد المزارعة لامحالة (قوله وهى عندهما على أربعة أوجه)

وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) لأنه إذا شرط فيها مايقطع الشركة فى الخارج يقع إجارة محضة ، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم . وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الأجر معلوما إذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أى نوع ولولم يعلم عسى أن لايرضى ، لأنه ربما يعطى بذرا لايحصل الخارج به إلا بعمل كثير . وفى الاستحسان بيان ما يزرع فى الأرض ليس بشرط ، فوض الرأى إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فإنه مفوض إليه . قال (وهى عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء : الأرض ، والبذر ، والعمل ، والبقر لامحالة . ثم إما أن يكون الجميع لأحدهما أولا ، لاسبيل إلى الأول لأن المزارعة شركة فى الانتهاء ، وإذا لم يكن من أحد

(قال المصنف : وهى عندهما على أربعة أوجه) أقول : أى المزارعة المستعملة بين الناس أربعة ، فلا يرد شىء على الحصر . (قوله لأن المزارعة شركة الخ) أقول : ولا يمكن أن تنعقد إجارة أيضا كما لايخفى .

(وإن كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة (وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بإبرته أو طيانا ليطين بمره (وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهى باطلة) وهذا الذى ذكره ظاهر الرواية .

واعلم أن مسائل المزارعة فى الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة . وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنها استئجار ببعض الخارج . وهو لايجوز قياسا لكنا جوّزناه فى الأرض والعامل لورود الشرع به فيهما . أما فى الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنه وتعامل الناس ، وأما فى العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر . والتعامل لم يرد الشرع به فى البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس ، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أوالعامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الأثر . وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين ، أوكان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع فى غيرهما . وهذا هو الأصل الذى تدور عليه مسائل المزارعة ، كذا فى الشروح ، وأشار إليه فى الذخيرة وجامع فخر الإسلام . ثم إن صاحب العناية بعد ماذكر الأصل المزبور قال : فإذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق الوجوه على الأصل المذكور . فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقرمن جنس والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل . والوجه الثانى والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل . وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل ، لأن المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر . بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل ، لأنه جوّز فى الوجه الأوّل أن يجعل العامل مستأجرا الأرض وأن يجعل رب الأرض مستأجرا العامل ولا مجال فيه للأول . بل لابد أن يكون المستأجر فيه هو رب الأرض لأن البذر كان من قبله فى هذا الوجه ، وقد تقرّر فيما مر فى الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر إذا كان من قبل ربّ الأرض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الأرض . وإنما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما إذا كان البذر من قبله ، إذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الأرض . وعن هذا قال المصنف فى تعليل جواز المزارعة فى الوجه الأول : لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة الخياط فإنه بمنزلة التصريح بأن المستأجر فى هذا الوجه هو ربّ الأرض والعامل هو الأجير كالخياط (قوله وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة) أقول : فيه نظر . إذ لانسلم أنه استئجار الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجرها بدراهم معلومة ، فإن استئجار الأرض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم ، وكل ذلك مفسد كما مر فى دليل أبى حنيفة على عدم جواز المزارعة ، كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض

الجانبين شىء لم تتصوّر الشركة فتعين الثانى ، وهو إما أن يكون بينهما بالتنصيف أو بإثبات الأكثر . والأول على وجهين على ماهو المذكور فى المختصر : أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول فى الكتاب ، وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه . والثانى أيضا على وجهين : أحدهما أن يكون الأرض لواحد والباقى لآخر وهو الوجه الثانى ، والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقى لآخر وهو الوجه الثالث ، وهى جائزة إلا الرابع . ووجه

(قوله وهى جائزة إلا الرابع) أقول : أى الوجوه المذكورة جائزة إلا الرابع .

وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا . لأنه لوشرط البذروالبقرعليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصاركجانب العامل. وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض . لأن منفعة الأرض قوة فى طبعها يحصل بها النماء .

معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا ، وقد صرحوا بأن القياس يقتضى أن لاتجوز المزارعة مطلقا لكونها استئجارا ببعض الخارج ، وهو لايجوز لكنا جوّزناها فيما إذا كانت استئجار منفعة الأرض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه. فالحق فى تعليل جواز هذا الوجه أن يقال : لأنه استئجار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الأمة (قوله وعن أبى يوسف أنه يجوز أيضا . لأنه لو شرط البذر والبقرعليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال فى العناية : ووجه غير ظاهر الرواية ما قال فى الكتاب : لو شرط البذر والبقر عليه : أى على ربّ الأرض جاز ، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه . والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل. وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه . وكذا فى الجانب الآخرفكان فى كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا اه . أقول : فى هذا الجواب بحث . أما أولا فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستأجرا والعامل أجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الأرض البذر محل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة . وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير فى هذه الصورة قط . وأما ثانيا فلأن قوله فكان فى كل من الجانبين معارضة

كل واحد مذكور فى الكتاب وسأوضحه . والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية : وعن أبى يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا . واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة، وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استئجار ببعض الخارج . والقياس يقتضى أن لا يجوز فى الأرض والعامل أيضا، لكنا جوّزناه بالنص على خلاف القياس ، وإنما ورد النص فيهما دون البذر والبقر . أما فى الأرض فأثر عبد الله ابن عمر رضى الله عنهما وتعامل الناس فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا للأرض ببعض الخارج . وأما فى العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فإنهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستأجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقى غيرهما على أصل القياس ، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج ، أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين : ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر ، وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين ، أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك : والضابط فى معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر . فإذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق الوجوه على الأصل المذكور . فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس . والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل . والوجه الثانى والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل . وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل ، لأن المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر . بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع . ووجه غير ظاهر الرواية ما قال فى الكتاب : لو شرط البذر والبقر عليه : أى على ربّ الأرض جاز : فكذا إذا شرط البقر

(قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول : لفظة من بيانية (قوله لأنه استئجار ببعض الخارج ، والقياس يقتضى أن لايجوز) أقول : يعنى أن لايجوز الاستئجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور إليه ذلك) أقول : كما سيتضح ، وبقوله ذلك إشارة إلى استئجار الآخرين (قوله والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض) أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأنه مخالف للمشروح وأما ثانيا فلأنه مخالف لما صرح به نفسه مرارا أن المستأجر هو صاحب البذر .

ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها، بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل . وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما : أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لايجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . والثانى أن يجمع بين البذر والبقر ، وأنه لايجوز أيضا لأنه لايجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . والخارج فى الوجهين لصاحب البذر فى رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة . وفى رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر

بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي ربّ الأرض والعامل فى الصورة المذكورة ، وقد مرّ مرارا أن البذر يعين الجانب الذى وجد فيه لأن يكون مستأجرا للآخر . فالوجه فى الجواب أن يقال : إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استئجارا للعامل لالغيره أصلا فكان صحيحا قطعا ، وأما إذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للأرض وغيرها الذى هو البقر ، وليس الثانى تابعا للأوّل لعدم التجانس كما بين فى وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية : وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من

وحده وصار كجانب العمل إذا شرط البقر عليه . والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل . وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه ، وكذا فى الجانب الآخر فكان فى كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا . ولقائل أن يقول : استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ، ويلزم الجواز . ويمكن أن يجاب عنه بأن النص فى المزارعة لما ورد على خلاف القياس على مامر ضعف العمل به مع وجود المعارض . وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لامدخل له فى الدليل ، وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة فى طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك . وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما القدورى رحمه الله وهما فاسدان ، وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك . وبقى عليه إشكال . وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه . وأجيب بأن منفعة العامل و منفعة الأرض صار تامسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج لهحكما وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره فى إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله فى الوجهين . وثمة وجه آخر لم يذكراه : أى القدورى وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والبقر من آخر . قال محمد رحمه الله فى كتاب الآثار : أخبرنا عبدالرحمن الأوزاعى عن واصل ابن أبى جميل عن مجاهد أنه وقع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما

(قال المصنف : لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول : لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر ، لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب ، والبذر من جانب والأرض من جانب ، والعمل من جانب والبقر من جانب ، والبذر من جانب والأرض من جانب . أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع فى أرض مباحة فهو معهود ، ولأجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ، ومع كونه معهودا لايجوز لعدم ورود الشرع بهذا ، ولعل الأولى أن يقال : إنما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص فى المزارعة لما ورد على خلاف القياس على مامر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول : وفيه بحث ، فإن أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقى عليه إشكال) أقول : يعنى على الرواية الأولى (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ، ويستوجب عليه إحراز حقه الخ) أقول : لابد من التأمل أنه لم لايحكم بأجر مثل العامل مع أنه قال : يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول : الفدان : البقر الذى يحرث بها ، على وزن الفعال بالتشديد .

قابضا له لاتصاله بأرضه. قال (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة) لما بينا (وأن يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فإن شرطا لأحدهما قفزانا مسماة فهى باطلة) لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لاتخرج إلا هذا القدر ، فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما فى المضاربة ، وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقى بينهما نصفين ، لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فى بعض معين أو فى جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر فصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقى بينهما لأنه معين ، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقى بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدى إلى قطع الشركة ، كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقى بينهما والأرض عشرية . قال(وكذا إذا شرطا ماعلى الماذيانات والسواقى) معناه لأحدهما ، لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لأنه لعله لايخرج إلا

واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر . أقول : الظاهر أن الكلام فى العقد الجارى بين الاثنين ، وإلا فثمة وجوه أخر لم يذكراها ولا أحد غيرهما ، وهى أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر ، أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر ، أو على أن يكون البقر من واحد والأرض من آخر والباقيان من آخر إلى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة ، فكان التعرض هاهنا للوجه الذى ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد . وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلا . والأولى هاهنا أن يقال : وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا . وهو أن يكون البقر لأحدهما والبواقى الثلاثة للآخر كما أشار إليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الأوجه فى صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا فى سبعة . وقال : إن حكمه كحكم أن يكون البذر لأحدهما والباقى للآخر وهو الفساد . وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق : قال محمد فى كتاب الآثار : أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد أنه وقع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر . ثم قال : ومعنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لا أنه لايستوجب أجر مثل الأرض ، وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ؛ ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه . أقول : توجيه المروى عن النبى عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام . أما أولا فلأن كون معنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم ، إذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضا شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوى ، فكيف يحسن مقابلتهما بإلغاء صاحب الأرض بالمعنى الذى

فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به ، وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه نماء بذره . ومعنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لا أنه لايستوجب أجر مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ؛ ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل . قال (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة الخ) معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا : يعنى قوله فى بيان شروطها . والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض الخ . والأصل فى هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه ، لأن الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم ، وكذا شيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز ، فإذا انتفى فسدت . وقوله (وصار كما إذا شرطا رفع الخراج) والأرض خراجية . والخراج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مسماة بحسب الخارج وقفزانا معلومة . وأما إذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث أو الربع فإنه لاتفسد المزارعة بهذا الشرط . والماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول ؛ وقيل مايجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الأرض . والسواقى جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر .

من ذلك الموضع . وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى(وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحبّ) لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحبّ ولا يخرج إلا التبن (وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحبّ لأحدهما بعينه) لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحبّ (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ، ثم التبن يكون لصاحب البذر) لأنه نماء بذره وفى حقه لايحتاج إلى الشرط ، والمفسد هو الشرط . وهذا سكوت عنه . وقال مشايخ بلخ رحمهم الله : التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان . ولأنه تبع للحبّ والتبع يقوم بشرط الأصل . ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لأنه حكم العقد (وإن شرطا التبن للآخر فسدت) لأنه شرط يؤدى إلى قطع الشركة بأن لايخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط . قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل) لأنه يستحقه شركة . ولا

ذكره ، اللهم إلا أن يقال: ذلك المعنى وإن كان مما لايساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت إليه وصارت قرينة عليه . إذ لامحالة أنه لم يتحقق هناك مايقتضى كون صاحب الأرض متبرعا . فلا جرم أنه استوجب أجر مثل أرضه . وأما ثانيا فلأن قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه . إذ لايخفى أنه لايلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل. بل لايجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما إذا كان المعين مؤخرا عن المبهم فى الذكر . اللهم إلا أن يقال : كان العرف جاريا فى ذلك الزمان على اعتبار تساويهما فى الأجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر . لكن الأظهر عندى أن يكون عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوى بعين الأجر الذى جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال : وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى : يعنى جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرا سماه . ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل(قوله وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن) أقول : فى هذا التعليل قصور . إذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ، والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الأصل المقرر المبنى عليه المسائل الآتية كما ترى . فالأولى فى تعليل هذه المسئلة أن يقال : لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله فى تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها . وكأنّ صاحب الكافى تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذى ذكره صاحب الهداية هنا ، وجمع المسئلتين فى تعليل واحد فقال : وكذا لو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب. أو شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يقطع الشركة فى الحب وهو المقصود انتهى (قوله وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام. وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل) أقول : عبارة الكتاب هاهنا قاصرة عن إفادة تمام المراد . لأن المزارعة الصحيحة كما

كذا فى المغرب . وقوله(اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فإن العرف عندهم أن الحبّ والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب . وقوله (والتبع يقوم بشرط الأصل) يعنى لما كان الأصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعا للأصل وإن لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الأصل . وقوله (لأنه حكم العقد) يعنى أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لأنه موجب العقد . فإذا نصا عليه كأنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد . فكان وجود الشرط وعدمه سواء . وأما إذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فإن استحقاقه له يكون بالشرط لأنه ليس حكم العقد . وذلك شرط يؤدى إلى قطع الشركة بأن يخرج إلا التبن . وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة . قال (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة

(قال المصنف : وكذا إذا شرطا لأحدهما التبن) أقول : إن كان المراد من أحدهما الأحد المعين وهو غير صاحب البذر فسلم . ولكن ظاهر

شركة فى غير الخارج ، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره ، بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل فى الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج . قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر . قال (ولو كان البذر من قبل ربّ الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وقال محمد : له أجر مثله بالغا ما بلغ) ، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مرّ فى الإجارات (وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه) لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ، ولا مثل لها فيجب ردّ قيمتها . وهل يزاد على ما شرط له من الخارج ؟ فهو على الخلاف الذى ذكرناه (ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر

تكون استئجارا للعامل وذلك فيما إذا كان البذر من جانب ربّ الأرض كذلك تكون استئجارا للأرض وذلك فيما إذا كان البذر من جانب العامل . وقوله وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شىء للعامل يفيد حكم الصورة الأولى دون الصورة الثانية ، بل يدل على كون الحكم فى الثانية على خلاف الحكم فى الأولى بمقتضى قولهم إن تخصيص الشىء بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه . فكان الظاهر أن يقال : وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شىء لأحد من المتعاقدين . لا يقال : علل المصنف قوله وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شىء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج ، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره . ولما جرى هذا التعليل فى صورة استئجار الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكتفى بذكره .

إما أن تكون صحيحة أو فاسدة . فإن كانت صحيحة فأما إن أخرجت الأرض شيئا أو لم تخرج . فإن أخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام . فإن العقد إذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى . وإن لم تخرج فلا شىء للعامل لأنه يستحقه شركة : يعنى فى الانتهاء ، ولا شركة فى غير الخارج . فإن قيل : كانت المزارعة إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة : أجاب بقوله : وإن كانت المزارعة إجارة فالأجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره . واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجر المثل كلا فليكن هذا مثله . لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم . وأجيب بأن الأجر هاهنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شىء آخر فكذا هاهنا ، وإن كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الأرض وأن لا تخرج فى وجوب أجر المثل للعامل ، لأنه فى الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج ، فإن أخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الأجر منه بالتسمية وقد فسدت ، وإن كان البذر من قبل ربّ الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لأنه رضى بسقوط الزيادة . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : له أجر مثله بالغا ما بلغ ، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها . قال المصنف رحمه الله (وقد مرّ فى الإجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله : وفى هذا الذى ذكره من الحوالة نوع تغيير . لأنه ذكر فى باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارات فى مسئلة ما إذا استأجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فالإجارة فاسدة . ثم قال : ولا يجاوز بالأجر قفيز . لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل ، وهذا بخلاف ما إذا

التقرير يأباه ، وإن كان ما يعم له ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطلقا ، فإن التبن نماء البذر ، فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجىء فلا يدل التعليل الذى ذكره على فساده ، وإن كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب ، إذ لو انعقد تفسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن الأجر هاهنا الخ) أقول : وهذا الجواب لا يتمشى إذا أورد الإشكال بصاحب الأرض والبذر والعمل والبذر من المزارع فتأمل (قوله والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم الخ) أقول : وفى قول المصنف لأن أجر المثل فى الذمة إشارة إلى أن الأجر فى الصور المتقدمة ليس فى الذمة ، وذلك بالتسليم كما لا يخفى (قوله ثم قال : ولا يجاوز بالأجر قفيز الخ) أقول : فيه شىء

مثل الأرض والبقر) هو الصحيح . لأن له مدخلا فى الإجارة وهى إجارة معنى (وإذا استحق ربّ الأرض الخارج لبذره فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل فى أرض مملوكة له (وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل) لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض . وفساد الملك فى منافع الأرض أوجب خبثا فيه ، فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به . قال (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لايمكنه المضىّ فى العقد إلا بضرر يلزمه. فصار كما

لأنا نقول : عبارة المسئلة عبارة مختصر القدورى ، والمؤاخذة بقصورها فى إفادة تمام المراد إنما ترد على القدورى . فالتعليل الذى ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق . ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه فى صورة استئجار الأرض أيضا ؛ ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله . لأن المزارعة صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم. وأجابوا عنه بأن الأجر هاهنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه ، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لايجب للأجير شىء آخر فكذا هاهنا انتهى. ولايذهب عليك أن هذا الجواب لايتمشى فى صورة استئجار الأرض فإن رب الأرض لايقبض البذر الذى يتفرع

اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله، لأن المسمى هناك غير معلوم ، فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذى ذكره فى الإجارة يعلم أن عند محمد لايبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ فى الإجارة الفاسدة كما هو قولهما إلا فى الشركة فى الاحتطاب . ثم ذكر هاهنا وقال محمد : له أجر مثله بالغا ما بلغ . إلى أن قال : وقد مرّ فى الإجارات ، وذلك يدل على أن مذهبه فى جميع الإجارات الفاسدة يبلغ الأجر بالغا ما بلغ وليس كذلك . وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة فى الاحتطاب لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير . وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردّها وقد تعذر فيصار إلى المثل ولا مثل لها فيجب ردّ قيمتها ، وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج أو لا ؟ فهو على الخلاف المارّ ، ولو جمع بين الأرض والبقر حتّى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح . لأن للبقر مدخلا فى الإجارة لجواز إيراد عقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمهم الله لقول محمد رحمه الله فى الأصل : لصاحب البقر والأرض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به أن يجب أجر مثل الأرض مكروبة. أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا . ووجوب أجر المثل لايكون بدون عقد لأن المنافع لاتتقوم بدونه . وقوله (وإذا استحق رب الأرض الخ) واضح خلا أنه يحتاج إلى فارق بين خبث يمكن فى منفعة الأرض فأوجب التصدق بالفضل ، وبين خبث يمكن فى عمل العامل فلم يوجب ذلك . وفى كلام المصنف رحمه الله إشارة إلى ذلك حيث قال : لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض : يعنى فهو يحتاج إليهما على ماجرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فأورث وجوب التصدق . وعمل العامل وهو إلقاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة . كما إذا هبت الريح فألقت البذر فى أرض وأمطرت السماء فكان مايمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك . قال (وإذا عقدت المزارعة) فى هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم فى حال دون حال . أما بعد

وجوابه أن مفعول ذكر محذوف ، والتقدير ذكره (قوله فبمجموع هذا الذى ذكره فى الإجارة يعلم أن عند محمد لايبلغ أجر المثل بالغا مابلغ ، ثم ذكر فى الإجارات الفاسدة) أقول : فيه شىء ، والظاهر أن قوله ثم ذكر سهو من قلم الناسخ (قوله لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول : لايلائم التعليل المذكور من قبله هاهنا .

إذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وإن امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لايلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة ، إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة . قال (ولو امتنع ربّ الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شىء له فى عمل الكراب) قيل هذا فى الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غرّه فى ذلك . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالإجارة ، وقد مرّ الوجه فى الإجارات . فلو كان دفعها فى ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الأولى ولم يستحصد الزرع حتى مات ربّ الأرض ترك الأرض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط ، وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لأن فى إبقاء العقد فى السنة الأولى مراعاة للحقين .

منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور فى حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل(قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شىء له فى عمل الكراب)لأن المأتى به مجرد المنفعة ،وهو لايتقوّم إلا بالعقد ، والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات ، كذا فى عامة الشروح . وقال بعد ذلك فى النهاية ومعراج الدراية : ولأن المزارع عامل لنفسه لأنه استأجر الأرض ليقيم العمل فيها لنفسه ، والعامل لنفسه لايستوجب الأجر على غيره انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ قد مرّ مرارا وتقرر أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض تعين أن يكون المستأجر هو رب الأرض ، والمفروض فى مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقيم العمل فيها لنفسه (قوله وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالإجارة) هذا جواب القياس . وأما فى الاستحسان فيبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد الزرع ، كذا فى الشروح ، وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط والذخيرة . وقال بعد ذلك فى العناية :

إلقاء البذر فى الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحدهما فسخه إلا بعذر ، وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته ، فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لايمكنه المضىّ على العقد إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر فى الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره (وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لايلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذى لاوفاء به عنده إلا ببيع الأرض (فتفسخ به المزارعة ، ولو امتنع ربّ الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شىء له فى عمل الكراب) لأن المأتى به مجرد المنفعة وهو لايتقوّم إلا بالعقد ، والعقد قوّمه بجزء من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (فى الحكم ،فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غرّه فى الاستعمال ، وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الإجارة لكونها عقدا فيه الإجارة(وقد مرّ الوجه فى الإجارات) وهو قوله لأنه لو بقى العقد صار المنفعة المملوكة أو الأجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لايجوز . وفى الاستحسان يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع نظرا للمزارع ، فإنه فى الزرع غير متعدّ . فلو لم يبق العقد وانتقل الأرض إلى ورثة ربها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ، ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعدى ، وإليه أشار المصنف بقوله(فلو كان دفعها فى ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع ، لأن الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت ، ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان (فلما نبت الزرع فى السنة الأولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك

(قوله وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول : الظاهر الإطلاق عن هذا القيد ، فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ، ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول : فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول : القلع مخصوص بما إذا كان البذر من قبل العامل ، أما إذا كان من جهة رب الأرض فالقلع إتلاف لمالهم ولا يرتكبه عاقل ، فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجانا بعد ما ظهر حقه .

بخلاف السنة الثانية والثالثة لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات ربّ الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة) لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ماعمل) لما نبينه إن شاء الله تعالى (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز) كما فى الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)

واعلم أنه أراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لأن الذى يكون قبله مذكور فيما يليه . ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت . ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الأولى ولم يذكر جواب مالم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى إطلاق أول المسئلة انتهى . أقول : فيه بحث . لأن ماذكر فى أول المسئلة إنما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل فيه مانبت الزرع عند موته ومالم ينبت . ولا شك أن مراده بالجواب فى قوله ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان : فلما نبت الزرع فى السنة الأولى ولم يذكر جواب مالم ينبت عند موته إنما هو جواب الاستحسان ، فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى أول إطلاق المسئلة . ولا ريب أن دخوله فى جواب القياس لايقتضى دخوله فى جواب الاستحسان أيضا . وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به فى الذخيرة حيث قال : وإذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة ؟ فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز كما فى الإجارة) قال فى النهاية : ثم هل يحتاج فى فسخ المزارعة إلى قضاء القاضى أو إلى الرضا ؟ ذكر فى الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال : لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لأنها فى معنى الإجارة . وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لايحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضا . بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات ، وبعضهم أخذ برواية الأصل والجامع الصغير انتهى . وقال فى العناية : والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها فى معنى الإجارة ، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لايحتاج فيه إلى ذلك انتهى . أقول : فيه نظر : لأن التشبيه بالإجارة إنما يصلح للإشارة إلى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية فى الإجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها إلى القضاء أو الرضا . أو كأنّ المصنف قد اختار هناك صريحا رواية افتقار الفسخ إلى أحدهما ولم يكن شيء منهما ، فإن المصنف قال هناك : ثم قول القدورى فسخ القاضى إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى فى النقض . وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين . وقال فى الجامع الصغير : وكل ماذكرنا أنه عذر فالإجارة فيه تنتقض . وهذا يدل على أنه لايحتاج فيه إلى قضاء القاضى انتهى فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء) قال فى النهاية : الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصوّر فى صور ثلاث ، ذكر فى الكتاب صورتين منها . وهما ما إذا فسخ بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار ، وما إذا فسخ بعد نبات الزرع قبل أن يستحصد . ولم يذكر ما إذا فسخ بعد مازرع العامل الأرض إلا

اعتمادا على دخوله فى إطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الأرض وحفرا لأنهار انتقضت المزارعة . لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع . ولا شيء للعامل بمقابلة ماعمل) لما سيذكر بعيد هذا (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح) أى ثقيل ، من فدحه الأمر : أى أثقله (لحق صاحب الأرض أحوجه إلى بيعها جاز) الفسخ (كما فى الإجارة) والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها فى معنى الإجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارات والجامع الصغير لايحتاج فيه إلى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء)

(قوله اعتمادا على دخوله فى إطلاق أول المسئلة) أقول : فيه تأمل ، فإن التعليل بمراعاة الحقير يشمله أيضا فكيف يدخل فى إطلاق أول المسئلة وسيجيء فى هذا الدرس من الشارح فى مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لايحتاج فيه إلى ذلك الخ) أقول : كما فى الإجارة .

لأن المنافع إنما تتقوّم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض فى الدين حتى يستحصد الزرع) لأن فى البيع إبطال حق المزارع ، والتأخير أهون من الإبطال (ويخرجه القاضى من الحبس إن كان حبسه بالدين لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم .

أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ؟ ذكر فى الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ، وكان الشيخ أبو بكر العتابى يقول له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر فى الأرض عين مال قائم . لأن التبذير استهلاك ولهذا قالوا : إن لصاحب البذر فسخ المزارعة لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له فى الحال ، وحصوله فى الثانى غير معلوم فكان هذا بمنزلة ماقبل التبذير . وكان الشيخ أبو إسحاق الحافظ يقول : ليس له ذلك لأن التبذير استنماء مال وليس باستهلاك ؛ ألا يرى أن الأب والوصىّ يملكان زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك مال الصبى ، وإذا كان كذلك كان للمزارع فى الأرض عين مال قائم انتهى . وقال فى العناية : لم يذكر المصنف الصورة الثالثة ، وهى ما إذا فسخ بعد مازرع العامل الأرض إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف المشايخ . قال بعضهم : له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر فى الأرض عين قائم ، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ماقبل التبذير . وقال بعضهم : ليس له ذلك لأن التبذير استنماء وليس باستهلاك ، ولهذا يملك الأب والوصى زراعة أرض الصبى ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع فى الأرض عين قائم . ولعل هذا اختيار المصنف ، ولم يذكره لأن البذر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع . وإن كان للعامل فقد دخلت فى الصورة الثانية انتهى . أقول : إن قوله وإن كان للعامل فقد دخلت فى الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن أراد بدخولها فى الصورة الثانية دخولها فى نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا . إذ قد اعتبر فى الصورة الثانية نبات الزرع وفى الصورة الثالثة عدم نباته ، فأنى يتصوّر دخول إحداهما فى الأخرى ، وإن أراد بذلك دخولها فى حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ ، لكن لا يصلح لأن يكون وجها لعدم ذكر تلك

لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج ، فإذا انعدم الخارج لم يجب شىء) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل . قال فى النهاية : وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل ؛ أما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله ، وذلك لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للأرض فيكون العقد واردا على منفعة الأرض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوّم على رب الأرض . وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض حتى كان ربّ الأرض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الأجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الأرض ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله ، كذا فى الذخيرة محالة إلى مزارعة شيخ الإسلام رحمه الله ، وفيه نظر ، لأن منافع الأجير وعمله إنما يتقوّم على ربّ الأرض بالعقد ، والعقد إنما قوّم بالخارج (فإذا انعدم الخارج لم يجب شىء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصوّر فى صور ثلاث : ما إذا فسخ بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه . وما إذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد ، وحكمه أن لا تباع الأرض بالدين حتى يستحصد الزرع لأن فى البيع إبطال حق المزارع ، وفى التأخير إن كان إضرارا بالغرماء لكن التأخير أهون من الإبطال ، ويخرجه القاضى من الحبس إن كان حبسه فى الدين لأنه امتنع من بيع الأرض ولم يكن هو ظالما فى ذلك والحبس جزاء الظلم . ولم يذكر المصنف رحمه الله . الصورة الثالثة ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض ، إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله . قال بعضهم : له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر فى الأرض عين قائم ، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ماقبل التبذير . وقال بعضهم : ليس له ذلك لأن التبذير استنماء مال وليس باستهلاك ، ولهذا يملك الأب والوصىّ زراعة أرض الصبىّ ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع فى الأرض عين قائم ، ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ، ولم يذكره لأن البذر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع ، وإن كان للعامل فقد دخل

(قوله وحكمه أن لاتباع) أقول : إذا لم يبع لم يفسخ العقد .

قال (وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتّى يستحصد . لأن فى تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه . وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل فى المال المشترك ، وهذا بخلاف ما إذا مات ربّ الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل. لأن هناك أبقينا العقد فى مدته والعقد يستدعي العمل على العامل . أما هاهنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضى فهو متطوّع) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لأن فيه إضرارا بالمزارع . ولو أراد المزارع) أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه فى حصته . لأن المزارع لما امتنع من العمل لايجبر عليه . لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه . وربّ الأرض مخير بين هذه الخيارات

الصورة بالكلية ،لأن دخولها فى حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ إنما يعرف ببيان حكمها من قبل . وإذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ ، أو كحكم الصورة الأولى كما قال به بعضهم الآخر .والأوجه عندى أن المصنف إنما لم يذكر تلك الصورة تأسيا بالإمام محمد رحمه الله . فإنه لم يذكرها فى كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال : وإن كان المزارع قد زرع الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتّى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة فى الكتاب ، وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لأن المزارع لما امتنع من العمل لايجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فإن قيل: ترك النظر لنفسه

فى الصورة الثانية ، والله أعلم . قال (وإذا انقضت مدة المزارعة الخ) إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقّى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد الزرع : حتّى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجرمثل نصف الأرض لأن المزارعة لما انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق فى منفعة الأرض . وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك فلا تسلم له مجانا ، والنفقة على الزرع وهى مؤنة الحفظ والسقى وكرى الأنهار عليهما على مقدار نصيبيهما حتّى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب . وقوله (لأن فى تبقية الزرع) دليل وجوب الأجر . ووجه ذلك أنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرّر به،وإن أبقيناه بلا أجرتضرّر رب الأرض فبقيناه بالأجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر فى الكتاب وهو واضح . وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض فإنه يبقّى الزرع بلا أجر ولا اشتراك فى النفقة ولا اشتراك فى العمل ، وكلامه فيه أيضا واضح ، فإذا انقضت المدة واحتاج الزرع إلى النفقة فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوّع لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره . لايقال : هو مضطر لإحياء حقه فلا يوصف بالتبرّع ، لأن تمكنه من الاستئذان من القاضى يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ، ويخير رب الأرض بين الأمور الثلاثة المذكورة فى الكتاب بدليلها . فإن قيل ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر بهغيره وهاهنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فى ذلك لم لايجوز أن يكون بالمنع عن القلع كربّ الأرض ؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت فى طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فردّ عليه . بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع مايجب عليه من أجر المثل . فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لايفى بذلك.

(قوله وإن بقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض) أقول : حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا (قال المصنف : لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى) أقول : فيه تسامح ، فإن العقد قد انتهى .

لأن بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك) لأنه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم بما عملوا) لأنا أبقينا العقد نظرا لهم، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا ، والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا . قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص. فإن شرطاه فى المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام فى جميع المزارعات . ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهى الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما . وإذا شرط فى العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الضمن على العامل . وعن أبى يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ . قال شمس الأئمة السرخسى : هذا هو الأصح فى ديارنا . فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقى والحفظ فهو على العامل ، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على مابيناه ، وما كان

إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وهاهنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكرتم لايجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض ؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت فى طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه ، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع مايجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن يصيبه من الزرع مالا يفى بذلك ، كذا فى العناية وغيرها .

أقول : لقائل أن يقول : إن رب الأرض أيضا ليس بمتعنت فى طلب القلع ، بل هو يرد عن نفسه بالقلع مايجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء ، فربما يخاف أن يصيبه من الزرع مالا يفى بنفقة حصته فليتأمل اه .

وقوله (ولو مات المزارع) ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعنى المذكورة إلا أنه فى هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على مابينا) إشارة إلى قوله لأن المزارع لما امتنع عن العمل الخ . قال (وكذا أجرة الحصاد والرفاع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس فى البيع الفاسد . والرفاع بالفتح والكسر: هو أن يرفع الزرع إلى البيدر . والتذرية : تمييز الحب من التبن بالريح . ولما كان القدورى ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام فى جميع المزارعات وكلامه واضح والأصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها لأنه شرط لايقتضيه وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد الإجارة فكذا المزارعة لأن فيها معنى الإجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما ينبت وينمى ويزيد فى الخارج فهو من أعمالها وإلا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه إلى البيدر إذا شرط شىء منها على أحدهما فسدت فى ظاهر الرواية . وروى أصحاب الأمالى عن أبى يوسف أنها إذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا للاستصناع . وقال شمس الأئمة : هذا هو الأصح فى ديارنا ، والمصنف جعل الأعمال ثلاثة : ماكان قبل الإدراك كالسقى والحفظ وهو من أعمالها ، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما ، وما كان بعد القسمة كالحمل إلى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما ، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة ليتميز ملك

(قال المصنف : لأن بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول : فيه شىء ، فإن قولنا لصاحبها اقلع الزرع إلزام الضرر . وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير (قوله وقال شمس الأئمة : هذا هو الأصح فى ديارنا) أقول : وفيه بحث ، لأن كونها أصح ، إما أن يكون رواية أو دراية ، ولا يصح شىء منهما لأن الروايات والدلائل لاتتعلق بديار دون أخرى . ويمكن أن يقال : دليل هذه المسئلة العرف . وهو يختلف باختلاف الديار ، والله أعلم .

بعد القسمة فهو عليهما ، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل ، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ؛ ولو شرط الجداد على العامل لايجوز بالاتفاق لأنه لاعرف فيه . وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد . ولو شرط الحصاد فى الزرع على رب الأرض لايجوز بالإجماع لعدم العرف فيه.ولو أرادا فصل القصيل أوجد" التمر بسرا أوالتقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الإدراك . والله أعلم .

(كتاب المساقاة)

(قال أبو حنيفة : المساقاة بجزء من الثمر باطلة ،وقالا : جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا)

(كتاب المساقاة)

قال فى غاية البيان : كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة ، لأن المساقاة جائزة بلا خلاف . ولهذا قدم الطحاوى المساقاة على المزارعة فى مختصره ، إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع فى عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة . ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمس" فقدمت ، ولأن تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى . أقول : فى تقريره نوع خلل،فإنه قال فى أوائل كلامه : لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ، وذلك يقتضى عدم وقوع الخلاف أصلا فى جواز المساقاة . وليس كذلك قطعا لأن أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر فى نفس الكتاب حيث قال : قال أبو حنيفة : المساقاة بجزء من الثمر باطلة ، وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر فى عامة الشروح . وقال جمهور الشراح : كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ، ولورود الأحاديث فى معاملة النبى عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة : أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها . والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة . أقول : فيه أيضا شىء ، وهو أن قولهم ولورود الأحاديث فى معاملة النبى عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر محل نظر . فإن الأحاديث كما وردت فى حق المساقاة وردت فى حق المزارعة أيضا من غير فصل . سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى فى قصة

كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير فى ملكه إليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أى المساقاة أيضا على هذه الوجوه . وقوله (لأنه مال مشترك) سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ماكان . وقيل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما ، ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معينا فى قرية يقال لهم شركاء فى القرية .

(كتاب المساقاة)

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ،ولورود الأحاديث فى معاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة : أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام

(كتاب المساقاة)

والمساقاة : هى المعاملة والكلام فيها كالكلام فى المزارعة . وقال الشافعى رحمه الله : المعاملة جائزة ، ولا تجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة لأن الأصل فى هذا المضاربة ، والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة فى الزيادة دون الأصل . وفى المزارعة لو شرطا الشركة فى الربح دون البذر بأن شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد ، فجعلنا المعاملة أصلا ، وجوّزنا المزارعة تبعا لها كالشرب فى بيع الأرض والمنقول فى وقف العقار ، وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما فى المزارعة . وفى الاستحسان : إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج . لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن ، وإدراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة إدراك الثمار ، لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة. بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا

أهل خيبر . وعن هذا قال المصنف فى أوائل كتاب المزارعة : وهى يعنى المزارعة فاسدة عند أبى حنيفة . وقالا : جائزة لما روى «أن النبىّ عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف مايخرج من ثمر أو زرع» انتهى .وكأن كلا من فريقى الشراح اطلع على ما فى كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخلّ به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هى المعاملة) قال فى العناية : والمساقاة هى المعاملة بلغة أهل المدينة . ومفهومها اللغوى هو الشرعى ، وهى معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى . وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : هى عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة . وفى الشرع عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره . وقال فى الحاشية : فمفهومها اللغوى أعم من الشرعى لاعينه كما توهمه صاحب العناية انتهى.أقول : ليس ذلك بوارد، إذ الظاهر أن المراد بالمعاملة فى قوله المساقاة هى المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهى معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها ، وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والإجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوى أعم من مفهومها الشرعى ، وإلا يلزم أن لايصح قوله المساقاة هى المعاملة بلغة أهل المدينة ، إذ لاشك أن أهل المدينة لايطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة. بل إنما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس . وقد اعترف ذلك الرادّ أيضا بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصوّر أن يكون مفهومها اللغوى أعم من الشرعى كما لايخفى (قوله والكلام فيها كالكلام فى المزارعة) قال فى العناية : يعنى شرائطها هى الشرائط التى ذكرت للمزارعة انتهى . أقول : فى هذا التفسير خلل . لأن الشرائط التى ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة ، فإن شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه

المزارعة لكثرة وقوعها . والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة (والمساقاة هى المعاملة)بلغة أهل المدينة، ومفهومها اللغوى هومفهومها الشرعى ، فهى معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون لهم سهم معلوم من ثمرها . والكلام فيها كالكلام فى المزارعة : يعنى شرائطها هى الشرائط التى ذكرت للمزارعة ، وهى غير جائزة عند أبى حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر. وجائزة عند أبى يوسف ومحمد وهو قول ابن أبى ليلى . وقال الشافعى رحمه الله : المعاملة جائزة والمزارعة لاتجوز إلا تبعا لها ،وذلك بأن يكون النخيل والكرم فى أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الأرض أيضا بالنصف ، وقد ذكر دليله فى الكتاب وهو واضح . والجواب أن مساس الحاجة إلى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس فى جميع البلدان ألحقاها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة . وقوله (وإدراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة إدراك الثمر) معناه : لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لأنه يصير فى معنى الثمر للشجر ، وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا

(قوله يعنى شرائطها التى ذكرت للمزارعة) أقول : فيه بحث .

وصيفا وربيعا ، والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة . وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لايجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوّة الأراضى وضعفها تفاوتا فاحشا . وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق فى الرطبة تفسد المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة . لأنها تنمو ماتركت فى الأرض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا فى المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فإن سميا فى المعاملة وقتا يعلم أنه لايخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لأنا لانتيقن بفوات المقصود : ثم لو خرج فى الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك فى الابتداء ، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ، ولاشىء لكل واحد منهما على صاحبه . قال (وتجوز المساقاة فى النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعى فى الجديد : لاتجوز إلا فى الكرم والنخل ، لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خيبر . ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت ، وأثر خيبر لايخصهما لأن أهلها كانوا يعملون فى الأشجار

الإمام قاضيخان فى فتاواه ، وذكر فى النهاية وغيرها أيضا . وشرائط المزارعة ثمانية كما مرّ فى الكتاب فى أوائل المزارعة . فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هى الشرائط التى ذكرت للمزارعة . وقد سبق صاحب الكفاية إلى هذا التفسير الذى ذكره صاحب العناية ، ولكن قيده بما يصلحه فى الجملة حيث قال : أى وشرائطها هى الشرائط التى ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى . ثم أقول : لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام فى المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر فى المزارعة ، ويرشد إليه قوله وقال الشافعى المعاملة جائزة . ولا تجوز المزارعة إلا تبعا الخ ، فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا : فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام فى المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لايذهب على ذى فطانة (قوله لأنها تنمو ماتركت فى الأرض فجهلت المدة) قال صاحب العناية : وقوله لأنها تنموما تركت فى الأرض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم . وفى نسخة فكان معلوما انتهى . أقول : فيه كلام . أما أوّلا فلأن كون قوله لأنها تنمو ماتركت فى الأرض دليل الرطبة وحدها ممنوع . بل يمكن أن يجعل

والرطبة لصاحبها . وقوله (غرسا قد علق) أى نبت ولم يبلغ حدّ الإثمار ظاهر . وقوله (بخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه : حتى تذهب أصولها وينقطع نباتها . وقوله (أو أطلق فى الرطبة) يعنى لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه : إذا لم يكن للرطبة جذّة معلومة ، فإن كان فهى جائزة كما لو أطلق فى النخيل فإنه ينصرف إلى الثمرة الأولى ، وقد ترك المصنف فى كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان إيجازا مخلا . وقوله (لأنها تنمو ماتركت فى الأرض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم . وقوله (لايخرج الثمر فيها) أى فى الوقت أنثه بتأويل المدة . قال (وتجوز المساقاة فى النخيل والشجر) هذا بيان ماتجرى فيه المساقاة وما لاتجرى فيه . وخصص الشافعى رحمه الله جوازها بما ورد فيه الأثر من حديث خيبر وكان فى النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضى عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خيبر خصهما لأن أهلها يعملون فى الأشجار والرطاب أيضا ، ولئن سلمنا ذلك لكن الأصل فى النصوص التعليل لا سيما على أصله : فإن بابه عنده أوسع لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التميز على كونه جامعا بين الأوصاف . وأما نحن فإنا لانجوّزه بالعلة القاصرة . ويشترط قيام الدليل على أن

(قوله لم يذكر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول : زائدا على شرط قيام دلالة التميز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم .

والرطاب أيضا ، ولو كان كما زعم فالأصل فى النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه فى الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه . قال (فإن دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ، ولو استحصد وأدرك لم يجز ، لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا أثر للعمل بعد التناهى والإدراك ، فلو جوّزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع ، بخلاف ماقبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل . قال (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لأنه فى معنى الإجارة الفاسدة ، وصار كالمزارعة إذا فسدت . قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها فى معنى الإجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر ، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ، ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، وقد بينا نظيره فى المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين (فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة) التى بيناها

دليلا على المجموع لجريانه فى المجموع ، كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغى أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند إمكان ذلك . وأما ثانيا فلأن ماذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة إذا شرطا القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتام . أما على النسخة الأولى التى معناها لأنه لا نهاية لذلك : أى لزمان ذهاب أصولهما ، فكان أى المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلأنه يرد عليه أنه إنما يفيد تحقق تينك الصورتين أيضا ، ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود . وأما على النسخة الثانية التى معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوما : أى كان دليل تينك الصورتين معلوما لظهور إفساد جهالة المدة العقد فلم يحتج إلى ذكره ، فلأنه يرد عليه أن يقتضى أن لايذكر دليل الرطبة أيضا ، لأن حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغى أن لايذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل (قوله ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخرين أن يقتسموا البسر على الشرط ، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر ، وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) قال الإمام الزيلعى فى شرح الكنز : وفى رجوعهم فى حصته فقط إشكال ،

هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه . وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح . وقوله (لما قدمناه) وفى بعض النسخ على ماقدمناه إشارة إلى ماذكره فى المزارعة بقوله : وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ) والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين ، بخلاف المزارعة فإن صاحب البذر يلحقه ضرر فى الحال بإلقاء بذره فى الأرض فلم تكن لازمة من جهته ، ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لايمكنه الإيفاء إلا ببيع الكرم وعذر العامل المرض . وقوله (ولم يرد به الشرع) لأنها جوّزت بالأثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج . قوله (وإذا فسدت المساقاة) واضح . وقوله (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان إبقاء للعقد دفعا للضرر عنه . وأما فى القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطا أنصافا ، لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين ، و الباقى واضح علم مما ذكر نظيره فى المزارعة .

(قوله لحوق دين فادح) أقول : بالفاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : ويرجعوا بذلك فى حصة العامل) أقول : قال العلامة الزيلعى : فى رجوعهم فى حصته فقط إشكال ، وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه ، لأن العامل إنما يستحق

(وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه ، وهذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه فى الخيار (فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا . قال (وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول سواء . وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استئجاره ، بخلاف المزارعة فى هذا لأن الأرض يجوز استئجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا وفى المزارعة فى هذا عليهما : لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وهاهنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها . قال (وتفسخ بالأعذار) لما بينا فى الإجارات ، وقد بينا وجوه العذر فيها . ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به . ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لأن فى إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا ؟ فيه روايتان .

وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه . ولهذا إذا اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدى إلى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة . وكذا هذا الإشكال وارد فى المزارعة أيضا انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك : قلت : لا إشكال ، إذ معنى الكلام يرجعون فى حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى . أقول : ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به فى هذا المقام فإن عبارة الكافى للعلامة النسفى وعبارة شرح الكافى للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا . وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم فى حصة العامل من الثمر كما مر فى المزارعة انتهى . ولا شك أنها صريحة فى أن ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فأنى يتيسر الحمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا ؟ فيه روايتان) قال فى العناية : يعنى فى كون ترك العمل عذرا روايتان : فى إحداهما لا يكون عذرا . ويجبر على

وقوله (وهذا خلافة فى حق مالى) جواب عما يقال : كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم فى شرط الخيار وهو واضح . وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا والأول) يعنى صورة الموت (سواء والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استئجاره) وإن أبى خير الآخر بين الخيارات الثلاث . بخلاف المزارعة فى هذا: أى فيما إذا انقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استئجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا لما ذكره فى الكتاب وهو واضح . قال (وتفسخ بالأعذار لما بينا فى الإجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها . فصار العذر فى الإجارة كالعيب قبل القبض إلى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أى فى الإجارة وكلامه واضح . وقوله (فيه روايتان) يعنى فى كون ترك العمل عذرا روايتان : فى إحداهما لا يكون عذرا . ويجبر على ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهاهنا ليس كذلك . وفى الأخرى عذر ، وتأويله أن يشترط العمل بيده . فإذا ترك ذلك العمل كان عذرا ، أما إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا

بالعمل وكان العمل كله عليه ، ولهذا إذا اختار المضى ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدى إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته ، وهذا خلف لأنه يؤدى إلى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة ، وكذا هذا الإشكال وارد فى المزارعة أيضا انتهى . قلت : لا إشكال ، إذ معنى الكلام يرجعون فى حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة . ثم أقول : قوله لأنه يؤدى إلى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة الخ : يعنى بعض هذه المساقاة فإنها تبقى استحسانا ، بخلاف ما إذا انقضت مدة العقد فى المزارعة على ما مر . لكن لك أن تقول : بقاؤها استحسانا كان نظرا للعامل ، فإذا التزم الضرر ينتقض العقد ، صرح به فى النهاية .

وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لابعماله (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لأنه فى معنى قفيز الطحان ، إذ هو استئجار ببعض مايخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لايدخل فى قيمة الغراس لتقوّمها بنفسها .

ذلك لأن العقد لازم لاينفسخ إلا من عذر وهو مايلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك . وفى الأخرى عذر انتهى . أقول : فى تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل ، إذ يصير حاصل معناه حينئذ فى كون ترك العمل عذرا روايتان : إحداهما كونه عذرا والأخرى عدم كونه عذرا فيؤدى إلى كون الشىء ظرفا لنفسه ولنقيضه ولايخفى بطلان ذلك . والوجه عندى أن معنى قول المصنف فيه روايتان فى جواب هذه المسئلة وهى قوله هل يكون عذرا فيه روايتان : إحداهما بالإيجاب وهو أن يكون عذرا ، والأخرى بالسلب وهو أن لايكون عذرا ، فحينئذ لا غبار فيه كما لايخفى على الفطن (قوله وتأويل إحداهما أن يشرط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول : فيه أنه إنما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك ، وأما إذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته ، والكلام هاهنا فى الترك الاختيارى ، لأن الترك الاضطرارى إنما يكون بسبب عذر مقرر ، وقد مرّ مسئلة جواز الفسخ بالأعذار رواية واحدة . فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل فى قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختيارى لا غير فتأمل (قوله وتعذر ردّ الغراس لاتصالها بالأرض) قال صاحب النهاية : يعنى لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما لشجر الغراس ، بل يكون تسليما لقطعة خشبة ، وهو ماشرط ذلك . بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين ربّ الأرض والغارس نصفين ، فلما لم يمكن تسليمها وهى نابتة وجب رد قيمتها انتهى . واقتفى أثره فى شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية : واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة حيث قال : فيه بحث ، إذ لانسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى . أقول : منع ذلك مكابرة ، لأن الشجر على مانص عليه فى عامة كتب اللغة ماكان على ساق من نبات الأرض ، فإذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا محالة بل يكون تسليما لقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح . نعم إن قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لايجدى طائلا هاهنا ، لأن استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون

فى فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة) وهو الأرض (وكان جميع الثمر والغرس لربّ الأرض . وللغارس قيمة غرسه وأجر مثل عمله ، لأنه فى معنى قفيز الطحان إذ هو استئجار ببعض مايخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر ردّ الغراس لاتصالها بالأرض) فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة . ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين . فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها وأجر مثله ، لأنه لايدخل فى قيمة الغراس لأنها أعيان متقوّمة بنفسها لامجانسة

(قوله فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا) أقول : فيه بحث ، إذ لانسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر ، ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الأرض فى أرضه صار كأن رب الأرض عمل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بإيصاله بأرضه مستهلكا له بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصبغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول : فيه بحث ، فإن تسليم الشجر ليس بالشرط ، بل لأنه كان ملكا للغارس .

وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى ، وهذا أصحهما ، والله أعلم .

(كتاب الذبائح)

الشجر ملكا له كما صرحوا به ، ولهذا يجب على رب الأرض ردّ قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين تدبر ترشد (قوله وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى) يعنى وفى تخريج هذه المسئلة طريق آخر : أى دليل آخر سوى ماذكرناه فى كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه : أى بينا ذلك الطريق الآخر فى كفاية المنتهى . قال كثير من الشراح فى تفسير ذلك الطريق : وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج . فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستئجار الذى هو فى معنى قفيز الطحان انتهى . أقول : يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهى قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لاتصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة . لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين ، وفى الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة فى الشجر .

(كتاب الذبائح)

قال جمهور الشراح : المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل ، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحبّ فى الأرض للانتفاع بما ينبت منها ، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى . أقول : يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة أنه إنما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح ، إذ

بينها وبين عمل العامل لأنه متقوّم بالعقد لاقيمة له فى نفسه (وفى تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله فى كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج ، فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه فى معنى قفيز الطحان . قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعنى المذكور فى الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه وبصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فى أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستانا كالصبغ للثوب . فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الذبائح)

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل ، فإن الزراعة إنما تكون بإتلاف الحب فى الأرض

(قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول : منظور فيه ، إذ لايمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما .

(كتاب الذبائح)

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول : ينبغى أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة ، ويقول

. . . .

لاإتلاف فى المساقاة . والذى وقع فى ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لاتعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب ، اللهم إلا أن يقال : جعلوا المزارعة والمساقاة فى حكم شيء واحد بناء على اتحادهما فى أكثر الشرائط والأحكام كما تقرر فى مباحثهما ، فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك. وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة ، وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة فى الكتاب بكتاب على حدة لايدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها ، بل يكفى جهة التغاير بينهما فى الجملة ، ألا يرى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعا كما صرحوا به . ثم إن الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم مايذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج ، كذا فى الكافى والكفاية . اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحله . قال شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط بعد نقل قولهم : وهذا عندى باطل ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه ، وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى . وقال فى العناية بعد ذكر ذلك : أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم ، لأن المحظور العقلى ضربان : مايقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظرا إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى . وقال العينى بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسى : والجواب المذكور فى العناية : قلت كل من الكلامين لايخلو عن نظر . أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة . وأما الثانى فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لايجوز أنه لم يكن أكل شيئا من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لايحتاج إلى دليل ، والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لايظن به عليه الصلاة والسلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره ، والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل

للانتفاع بما ينبت منها ، والذبح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك . واعلم أن العراقيين ذهبوا إلى أن الذبح محظور عقلا ، ولكن الشرع أحله لأن فيه إضرارا بالحيوان . وقال شمس الأئمة : هذا عندى باطل ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ، ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه ، وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه . وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ، وليس الذبح كالكذب والظلم ، لأن المحظور العقلى ضربان : مايقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظرا إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم ، والذكاة الذبح ، وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن

فى كليهما إصلاح مالاينتفع به بالأكل فى الحال للانتفاع فى المآل (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول : ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع ، فلا يمتنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول : لفظة ما بمعنى الذى . وقوله يأكل : أى يأكله . وقوله ذبائح خبر يكون ، والمعنى الذى كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لاذبائح المشركين .

قال (الذكاة شرط حلّ الذبيحة) لقوله تعالى - إلا ماذكيتم - ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ، وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة فى المأكول وغيره . فإنها تنبئ عنها . ومنها قوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الأرض يبسها » وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين . واضطرارية وهى الجرح فى أىّ موضع كان من البدن . والثانى كالبدل عن الأول لأنه لايصار إليه إلا عند العجز عن الأول . وهذا آية البدلية . وهذا لأن الأول أعمل فى إخراج الدم والثانى أقصر فيه ؛ فاكتفى به عند العجز عن الأوّل ؛ إذ التكاليف بحسب الوسع . ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى . وأن يكون حلالا

الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعا لامستدلا فلا محل لنظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال فى غاية البيان : وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب ، لأنه إذا ذكر لفظ قال فى أول المسئلة كان يشير به إلى ماذكر فى الجامع الصغير أو مختصر القدورى ، وهنا لم تقع الإشارة إلى أحدهما ، ولهذا لم يذكره فى البداية . وكان ينبغى أن لايورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيرا به إلى نفسه انتهى . وقال العينى بعد نقل ذلك : قلت هذا تطويل بلا فائدة . لأنه ذكر فى مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بإضمار الفاعل وأراد به نفسه ، فهذا أيضا مثله . ولا يلزم تعيين الفاعل ؛ ألا يرى أنه عند إسناد القول إلى القدورى أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله . وكذلك عند إسناده إلى نفسه . ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدورى من مسائل الجامع الصغير ، ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض فى الهداية انتهى كلامه . أقول : الحق ماذكر فى غاية البيان وقول العينى ذكر فى مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال بإضمار الفاعل وأراد به نفسه ؛ إن أراد به أنه ذكرها فى أول المسئلة فى مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها إلى نفسه فهو فرية بلا مرية ، فإنه إذا ذكرها فى أول المسئلة كان يشير بها إلى ماذكر فى الجامع الصغير أو مختصر القدورى على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية . وإن أراد بذلك أنه ذكرها فى غير أول المسئلة فى مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها إلى نفسه فهو واقع . ولكن إذا ذكرها فى مثل تلك المواضع كأن يقول قال العبد الضعيف على ما وقع فى النسخ القديمة أوقال رضى الله عنه على ماوقع فى النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها فى مثل تلك المواضع قط ؛ وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف . فالشارح العينى مكابر فيما ذكره هاهنا (قوله لقوله تعالى - إلاماذكيتم -) فإن حكم مابعد الاستثناء يخالف ما قبله ، وقد قال الله تعالى قبله

بالمدّ لنهاية الشباب ، وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ، ومعنى قوله (الذكاة شرط حلّ الذبيحة) الذبح شرط حلّ أكل مايؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى - إلا ماذكيتم - بعد قوله - حرّمت عليكم الميتة والدم - الخ . استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا ، والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها . لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ، ولأن غير المذكى ميتة وهى منصوص عليها بالحرمة ، ولأن الدم حرام لنجاسته لما تلونا ؛ وهو غير متميز من اللحم . وإنما يتميز بالذكاة فلابد منها ليتميز النجس من الطاهر ، ولا يلزم الجراد والسمك لأن حلهما بلا ذبح ثبت بالنص . وكما يثبت بالذبح الحل فى المأكول يثبت بهُ الطهارة فى غيره ، لأن الذكاة تنبئ عن الطهارة ، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم « ذكاة الأرض يبسها » يعنى أنها إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهى الصدر واللحيين ، واضطرارية وهو الجرح فى أىّ موضع كان من البدن . قوله (والثانى كالبدل عن الأول) واضح ، وإنما قال كالبدل لأن الأبدال تعرف بالنص ولم يرد فيه . وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه)

(قوله والمترتب على المشتق معلول لصفة المشتق منها ، لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول : فيه بحث ، فإن الثبوت بالشرع لاينافى كون المشتق منه علة الحكم ، وذلك لايخفى على أحد (قوله ولأن غير المذكى ميتة الخ) أقول : فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول : فيه أن جعلها مشبها بها لايلائم مرام المقام ، إذ المطلوب إثبات طهارتها (قوله كالكتابى فإنه يدعى ملة التوحيد) أقول : فيه شيء ، فإن النصارى مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد .

خارج الحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال) لما تلونا ، ولقوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم ـ ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة. أما إذا كان لايضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لاتحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك

ـ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ـ إلى آخره . فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا . قال صاحب العناية : والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها . لكن لما كان الحلّ ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى . أقول : ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى . لأن ثبوت الحل بالشرع مما لاينافى كون الصفة المشتق منها التى هى الذكاة علة للحكم كما لايخفى على على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا ولقوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم) عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى ـ إلا ماذكيتم ـ وهو فى حق المسلم ، وقوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم ـ فى حق الكتابى من باب اللفّ والنشر ، كذا ذكره تاج الشريعة ، وهو الأحسن عندى أيضا فى بيان مراد المصنف هنا . قال صاحب العناية : وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى ـ إلا ماذكيتم ـ ولما استشعر أن يقال إلا ماذكيتم عام مخصوص لخروج الوثنى والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الإفادة . ضم إليه قوله عزّ من قائل ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم ـ إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأنا لانسلم أن الخطاب فى قوله تعالى إلا ماذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السباق والسياق فى النظم الشريف ؛ ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم ـ ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ،

أى ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد . إما اعتقادا كالمسلم . أو دعوى كالكتابى فإنه يدعى ملة التوحيد . وإنما تحل ذبيحته إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى ـ وما أهلّ به لغير الله ـ ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجىء . قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابى ذميا كان أو حربيا حلال إذا أتى به مذبوحا . وأما إذا ذبح بالحضور فلابد من الشرط المذكور وهو أن لايذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى ـ إلا ماذكيتم ـ ولما استشعر أن يقال ـ إلا ماذكيتم ـ عام مخصوص لخروج الوثنى والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الإفادة ضم إليه قوله تعالى ـ وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم ـ قال البخارى فى صحيحه : قال ابن عباس رضى الله عنهما : طعامهم ذبائحهم . واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة . فإن المجوسى إذا اصطاد سمكة حل أكلها . وفيه نظر . فإن التخصيص باسم العلم لايدل على نفى ما عداه (ويحل إذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية ، وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقدر على الذبح ويضبطه : أى يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم (وإن كان) أى الذابح (صبيا أو مجنونا) قال فى النهاية أى معتوها . لأن المجنون لا قصد له ولا بد منه ، لأن التسمية شرط بالنص وهى بالقصد ، وصحة القصد بما ذكرنا : يعنى قوله إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه ، والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا . قيل أراد به الآيتين المذكورتين ، وفيه نظر ، لأن عادته فى مثله لما تلونا . وقيل أراد به قوله لأن حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور فى الكتاب ، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك . قيل إنما ذكر الأقلف

(قوله ولما استشعر أن يقال : إلا ما ذكيتم عام) أقول : ويمكن أن يقال : بل الذى استشعر أن يقال الخطاب فى ذكيتم للمؤمنين كالخطاب فى عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم ، وما ذكره الشارح لايخلو عن البعد، إذ يكفى الظن فى أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا فى الإفادة ، ضم إليه قوله تعالى الخ) أقول : والحق أنه لاحاجة إلى بيان العذر ، فإن إثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة : يعنى يقدر على الذبح) أقول : فيكون الكلام من باب : • علفتها تبنا وماء باردا •

بالقصد ، وصحة القصد بما ذكرنا . والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا ، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمى والحربى والعربى والتغلبى ، لأن الشرط قيام الملة على مامر . قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه الصلاة والسلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » ولأنه لايدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى . قال (والمرتد) لأنه لا ملة له ، فإنه لايقرّ على ما انتقل إليه ، بخلاف الكتابى إذا تحوّل إلى غير دينه لأنه يقرّ عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله . قال (والوثنى) لأنه لايعتقد الملة .

ثم قال عز وجل - حرّمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ماذكيتم - وقال القاضى البيضاوى وغيره من المفسرين : إن قوله تعالى - حرّمت عليكم الميتة - الخ بيان لما يتلى عليكم ، فلاجرم يكون الخطاب فى - حرمت عليكم - و- إلا ماذكيتم - للمؤمنين خاصة أيضا فلايكون مما يعم الوثنى ونحوه ؛ ولئن سلم عمومه للوثنى ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذى خص منه البعض ، بل هو من قبيل العام الذى نسخ بعضه بإخراج الوثنى والمجوسى والمرتد من حكمه ، إذ قد تقرر فى علم الأصول أن التخصيص عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض مايتناوله بما هو مستقل موصول بالعام ، وأن قصره على بعض مايتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص ؛ وأن الذى لايكون قطعيا إنما هوالعام الذى خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذى نسخ بعض ما يتناوله فإنه يكون قطعيا فى الباقى بلا ريب ، ولا شك أن مانحن فيه من قبيل الثانى دون الأول ، لأن الذى يخرج الوثنى ونحوه غير موصول بقوله تعالى - إلا ماذكيتم - فكان قطعيا فى الإفادة ، ولئن سلمّ كونه ظنيا غير قاطع فى الإفادة فهو كاف فى إفادة المطلوب هنا بلا حاجة إلى ضم شىء آخر ، إذ قد تقرر فى علم الأصول أيضا أن الدليل الظنى يفيد وجوب العمل وإن لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلأن مثل ماذكره صاحب العناية فى قوله تعالى-إلا ماذكيتم - يتجه على الاستدلال بقوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم - بأن يقال أيضا : إنه عام مخصوص لخروج مالم يذكر اسم الله عليه فيقتضى أن يضم إليه أيضا دليل آخر. وأما ثالثا فلأن الضم المذكور إنما يفيد فى حق ذبيحة الكتابى دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابى فيلزم أن يبقى الدليل قاصرا عن إفادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور ؛ اللهم إلا أن يدعى أن الدليل الثانى إذا أفاد حلّ ذبيحة الكتابى أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة . ثم إن المراد بالطعام فى قوله تعالى - وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم - قال البخارى فى صحيحه : قال ابن عباس : طعامهم ذبائحهم . واستدل صاحب الكافى وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة ، إذ يستوى الكتابى وغيره فيما سوى الذبائح من الأطعمة ، فإن المجوسى إذا اصطاد سمكة حلّ أكلها . وردّ عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور : وفيه نظر ، فإن التخصيص باسم العلم لايدل على النفى عما سواه اه . أقول : ليس ذلك بشىء ، إذ لايخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفى عما سواه ، بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر فى كلام ربّ العزّة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ؛ ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمشّ على أصل من لايقول بمفهوم المخالفة أيضا ، إذ لايرضى أحد بخلوّ كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشرّاح فى تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا ، فقال صاحب النهاية

احترازا عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فإنه يقول : شهادة الأقلف وذبيحته لاتجوز . وقوله وإطلاق الكتاب ينتظم كذا ظاهر . وقوله (لأن الشرط قيام الملة) فيه نظر ، لأن وجود الشرط لايستلزم وجود المشروط . ويمكن أن يجاب عنه بأنه شرط فى معنى العلة . وقوله (ولا تؤكل ذبيحته المجوسى) واضح . قوله (بخلاف الكتابى إذا تحوّل إلى غير دينه) يريد به من

(قوله ويمكن أن يجاب بأنه شرط فى معنى العلة) أقول : ويجوز أن يجاب أيضا بأنه لامانع يتصور منه حل ذبيحته إذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة ، فإذا لم يكن مانعا أيضا يحل .

قال (والمحرم) يعنى من الصيد (وكذا لايؤكل ماذبح فى الحرم من الصيد) والإطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم ، والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم ، وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة ، بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع ، إذ الحرم لايؤمن الشاة ، وكذا لايحرم ذبحه على المحرم . قال (وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لاتؤكل وإن تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى: أكل فى الوجهين . وقال مالك : لايؤكل فى الوجهين والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى ، وهذا القول من الشافعى مخالف للإجماع فإنه لاخلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا ، وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا . فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهما أنه يحرم ، ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل ، بخلاف متروك التسمية عامدا ، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله : إن متروك التسمية

وغاية البيان أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى - إلا ماذكيتم - وقوله تعالى- وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم - لأن الخطاب عام ، ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله : وفيه نظر ، لأن عادته فى مثله لما تلونا . وقال تاج الشريعة: أراد به قوله لأن حل الذبيحة يعتمد الملة . ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا: وهذا ليس بمذكور فى الكتاب . أقول: يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة إن ذلك وإن لم يكن مذكورا فى الكتاب صراحة إلا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر : ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد . ثم قال صاحب العناية : والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر إنما يدل على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ،ولا يدل على أن أهل الذبح من هو ، كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثنى والمجوسى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا. وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الأقلف والمختون فى الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى مالادلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر. ثم أقول : هنا احتمال آخر أقرب مما ذكروا ، وهو أن يكون قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله ويحل إذاكان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة،فإنه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ، ولا يخفى أن الأقلف والمختون لايتفاوتان فى ذلك فكانا سواء فى حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لاتؤكل وإن تركها ناسيا أكل . وقال الشافعى: تؤكل فى الوجهين . وقال مالك : لاتؤكل فى الوجهين) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل: إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا أو ناسيا.قال الشافعى بشمول الجواز ،ومالك بشمول العدم . وعلماؤنا فصلوا ، إن تركها عامدا فالذبيحة ميتة لاتؤكل ، وإن تركها ناسيا أكل انتهى . أقول: كأنه حسب أنه أتى فى شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لأقسام المسئلة كلها لكنه أخل بحق المقام فى تحريره هذا. أما أولا فلأن قوله عند الذبح ينافى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطراريا لأنهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح إنما تشترط فى الذكاة الاختيارية ، وأما فى الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الإرسال والرمى لاغير ،وسيجىء ذلك

أديان أهل الكتاب ، أما إذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته . قال (وإن ترك الذابح التسمية الخ) إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامداكان أو ناسيا : قال الشافعى رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم . وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا : أن تركها عامدا فالذبيحة ميتة لاتؤكل ، وإن تركها ناسيا أكل . استدل الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم

عامدا لايسع فيه الأجتهاد . ولو قضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ لكونه مخالفا للإجماع . له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم » ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة فى باب الصلاة ، ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما فى الناسى . ولنا الكتاب وهو قوله تعالى – ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه – الآية ، نهى وهو للتحريم .

فى الكتاب أيضا . وأما ثانيا فلأن قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد : وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى ينافى تعميم الذبح فى مسئلتنا هذه للاختيارى والاضطرارى ، إذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى إلى آخره يقتضى عدم دخول المقيس فى جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه الصلاة والسلام « المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ») أقول : فيه أن دليله هذا قاصر عن إفادة تمام مدعاه . لأن المسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء كما مرآنفا ، وهذا الحديث إنما ينهض حجة فى حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى – ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه – نهى وهو للتحريم) قال فى العناية : وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير ، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان . يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان . وذكره إذا ذكر

« المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم » سوّى بين التسمية وعدمها والشرط لايكون كذلك . وبأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان ، كالطهارة فى باب الصلاة فإنها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسى الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان . سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما فى الناسى . والجواب عن الحديث ماذكره فى الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدىّ بن حاتم على ما نذكره . وعن الاستدلال بأنا لانسلم الملازمة فإنها تفضى إلى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسى هيئة مذكرة كالأكل فى الصلاة والجماع فى الإحرام ، وهاهنا إن لم تكن هيئة توجب النسيان وهى مايحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ، ولمانع أن يمنع بطلان التالى أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره فى الكتاب : يعنى أن إقامة الملة مقام التسمية فى حق الناسى ، وهو معذور لا يدل فى حق العامد ولا عذر له . وأما ماشنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعى رحمه الله مخالفا للإجماع فواضح . واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى – ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه – فإن فيه النهى بأبلغ وجه ، وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية . وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل . وهو أقرب لامحالة من مذهب الشافعى رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضى الله عنهما . والجواب أنه غير مجرى على ظاهره . إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف فى الصدر الأول . لأن ظاهر مايدل عليه اللفظ لايخفى على أهل اللسان ، وفى ذلك أيضا من الحرج مالا يخفى ، إذ الإنسان كثير النسيان ، والحرج مدفوع بقوله تعالى – وما جعل عليكم فى الدين من حرج – فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض . ولنا قوله تعالى – ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه – ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لاغير ، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان . يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان ، وذكره إذا ذكر بالقلب . وقوله (ولا تأكلوا) عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التأكيد ، وتأكيد

(قوله « المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم ») أقول : ظاهره إقامة الإسلام مقام التسمية (قوله دفعا للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول : ولئلا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى – ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه –) أقول : ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتج بظاهر ما ذكرنا هو الآية الكريمة ، فيخالف ما أسلفه فى الدرس السابق أن عادته فى مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول : يعنى القرن الثالث ، وإلا فذهب عطاء أنه لايجوز أكل شىء ما بدون ذكر اسم الله عليه . أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه .

والإجماع وهو مابينا . والسنة وهو حديث عدىّ بن حاتم الطائى رضى الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال فى آخره « فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية . ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا . إذ لافصل فيه ولكنا نقول : فى اعتبار ذلك من الحرج مالا يخفى، لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره . إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف فى الصدر الأول . والإقامة فى حق الناسى وهو معذور لايدل عليها فى حق العامد ولا عذر ، وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهى على المذبوح . وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى وهى على الآلة ، لأن المقدور له فى الأول الذبح وفى الثانى الرمى والإرسال دون الإصابة فتشترط عند فعل يقدر

بالقلب . وقوله ـ ولا تأكلوا ـ عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التأكيد ، وتأكيد العام ينفى احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل مالم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الأكل ناسيا مقام الإمساك فى الصوم لذلك انتهى. أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن مقتضى قوله أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لاغير أن يكون قوله تعالى ـ ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ـ دالا على أن لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطرارى أصلا ، لأن ذكر اسم الله عليه إنما يكون حال الإرسال والرمى لا حال الذبح كما نصوا عليه ، فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهى عن الأكل فى الآية المذكورة ، مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطرارى إذا ذكر اسم الله عليه حال الإرسال والرمى مجمع عليه بلا ريب . وأما ثانيا فلأن قوله إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافى قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، لأن جعل الشرع الناسى ذاكرا لايتصور بدون تخصيص الناسى من عموم قوله تعالى ـ مما لم يذكر اسم الله عليه ـ لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشىء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التنافى بين الكلامين تأمل تقف (قوله ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا إذ لا فصل فيه) قال فى غاية البيان : أى لافصل فى ظاهر ماذكرنا من الآية ، لأن قوله ـ مما لم يذكر اسم الله عليه ـ يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى . وقال فى العناية : استدل مالك بظاهر قوله تعالى ـ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ـ فإن فيه

العام ينفى احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل مالم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا ، إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج ، كما أقام الأكل ناسيا مقام الإمساك فى الصوم لذلك . ومجال الكلام فى الآية واسع ، وقد قررناه فى الأنوار والتقرير (والإجماع وهو مابيناه) يريد به ماذكره فى التشنيع بقوله فإنه لاخلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا ، وإنما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا الخ (والسنة) وهو حديث عدىّ بن حاتم الطائى ، فإنه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدىّ عما إذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال) « لاتأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسمّ على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى لكنها فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهى على المذبوح ، وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى وهى على الآلة ، لأن الطاعة بحسب الطاقة ، والمقدور له فى الأول الذبح ، وفى الثانى الرمى والإرسال ، وقد فرّع على ذلك فى الكتاب تفريعات وهى واضحة ..

(قوله وهو نسيان فإنه من الشرع) أقول : الضمير فى قوله فإنه راجع إلى النسيان .

عليه، حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لايجوز ، ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حلّ ؛ وكذا فى الإرسال، ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل. ولو سمى على سهم ثم رمى بغير صيدا لايؤكل . قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره، وأن يقول عند الذبح : اللهم تقبلّ من فلان) وهذه ثلاث مسائل : إحداها أن يذكر موصولا لامعطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة ، وهو المراد بما قال . ونظيره أن يقول : باسم الله محمد رسول الله ، لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له ؛ إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصوّر بصورة المحرّم . والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول : باسم الله واسم فلان . أو يقول : باسم الله وفلان ، أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهلّ به لغير الله . والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضطجع الذبيحة أو بعده ، وهذا لا بأس به لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ » والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضى الله عنه ، جرّدوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لى لايحل لأنه دعاء وسؤال ، ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حلّ ، ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لايحلّ فى أصح الروايتين . لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية . وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى ـ فاذكروا اسم الله عليها صوافّ ـ قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفى الجامع الصغير : لابأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذكاة مابين اللبة

النهى بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل انتهى . أقول : الظاهر مما ذكر فى هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا فى قوله ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا هو قوله تعالى ـ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ـ فيرد عليه أن يقال : إن عادته فى مثله أن يقول ماتلونا فما معنى المخالفة لها هنا . وقد مر نظير هذا من صاحب العناية فى الصفحة الأولى، فالأظهر عندى أن يكون مراده بقوله ماذكرنا فى قوله ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا مجموع ماذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته ، لأن عادته أن يقول لما تلونا فيما

قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة . وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير إلى أنه لو قال غير مكسور لايحرم ؛ قيل هذا إذا كان يعرف النحو . وقال التمرتاشى : إن خفضه لايحل لأنه يصير ذابحا بهما ، وإن رفعه حل لأنه كلام مبتدأ ، وإن نصبه اختلفوا فيه ؛ فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله : أنه لايرى الخطأ فى النحو معتبرا فى باب الصلاة ونحوها لايحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) إشارة إلى أنه لو قدمه أو أخره لابأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لأبى يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به هاهنا الذكر ، قال الله تعالى ـ فاذكروا اسم الله عليها صوافّ ـ : أى قائمات صففن أيديهن وأرجلهن وهناك التكبير ، وبهذه الألفاظ لايكون مكبرا (ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لايحل فى أصح الروايتين) والفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب إذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله أنه يجوز أن يصلى الجمعة بذلك القدر فى إحدى الروايتين عنه بأن المأمور به هناك ذكر الله مطلقا . قال الله تعالى ـ فاسعوا إلى ذكر الله ـ وهاهنا الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة ، وفى الجامع الصغير : لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد إنه لا يرى الخطأ فى النحو معتبرا فى باب الصلاة ونحوها لايحرم) أقول : إذ يجوز أن يكون قصده إفادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحمل أمرهم على الصلاح لا المجرور . والحرمة لاتثبت بالشك .

واللحيين ، ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء . قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة أربعة : الحلقوم ، والمرىء ، والودجان) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » .

إذا أراد الكتاب وحده . وأن يقول لما روينا فيما إذا أراد السنة وحدها ، فلما أراد مجموعهما هاهنا أتى بكلمة جامعة فقال : ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا : يعنى قوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - فحديث عدىّ بن حاتم الطائى إذ لافصل فى ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الأوداج بما شئت) قال تاج الشريعة : الفرى : القطع للإصلاح ، والإفراء : القطع للإفساد . فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه .وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا الورود الأمر بفريه . أقول : فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر ، لأن صاحب القاموس عمم الفرى والإفراء للإصلاح والإفساد بلا فرق بينهما حيث قال : فراه يفريه : شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى . فعلى هذا لايتم ماذكروه أصلا . وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما ، إلا أنه جعل الذبح من قبيل الإفراء دون الفرى حيث قال عن أبى عبيد : والفرق بين الإفراء والفرى أنه قطع للإفساد وشق كما يفرى الذابح والسبع ، والفرى قطع للإصلاح كما يفرى الخراز الأديم انتهى . فعلى هذا لايتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا أليق ، إذ لاشك أن الذبح إذا كان من قبيل الإفراء دون الفرى كان فتح الهمزة هنا هو الأليق والأنسب . ثم إن صاحب المغرب قال : وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضا ، إلا أنه لم يسمع به فى الحديث انتهى . فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة فى الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب . وأما قول المصنف فيما بعد فى أثناء

فيه بيانا ليس فى رواية القدورى ، وذلك لأن فى رواية القدورى الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما ، فيحمل على مايدل عليه لفظ الجامع الصغير . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « الذكاة مابين اللبة واللحيين » وهو يقتضى جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة . لأنه وإن كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين ، وهو دليل ظاهر للإمام الرستغفنى رحمه الله فى حلّ مابقى عقدة الحلقوم مما يلى الصدر . ورواية المبسوط أيضا تساعده ، ولكن صرح فى ذبائح الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لايحل ، وكذلك فى فتاوى أهل سمرقند لأنه ذبح فى غير المذبح ، وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ، ولأن مابين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه ، وكان حكم الكل سواء ، ولا معتبر بالعقدة . قال (والعروق التى تقطع فى الذكاة الخ) العروق التى تقطع فى الذكاة أربعة : الحلقوم ، والمرىء ، والودجان . واختلف العلماء رحمهم الله فى اشتراط ما يقطع منها للحلّ ؛ فذهب الشافعى رحمه الله إلى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء : وذهب مالك رحمه الله إلى اشتراط قطع جميعها . وذهب أبو يوسف رحمه الله إلى اشتراط قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين رجع إليه بعد ماكان قوله كقول أبى حنيفة رحمهما الله كما نذكره . وذكر القدورى أنه قول محمد أيضا . وقال المصنف : المشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبى يوسف وحده . وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبى حنيفة . وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت ،وهى ثلاثة أوجه ، وإن قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع ، والأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أفر الأوداج بما شئت » والفرى : القطع للإصلاح ، والإفراء : القطع للإفساد فيكون كسر الهمزة أنسب ، ولهذا قال بعد هذا لورود الأمر بفريه . احتج الشافعى رحمه الله بأنه جمع الأوداج وما ثمة إلا الودجان ، فدل على أن المقصود بها مايحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحقوم والمرىء ، لأن الحيوان لايعيش بعد قطعهما ، وهو ضعيف لفظا ومعنى : أما لفظا فلأن الأوداج لادلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا . وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم

(قوله لأن فى رواية القدورى : الذبح بين الحلق الخ) أقول : فيكون المراد بالحلق فى كلام القدورى مبدأه .

وهى اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين . وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء ، إلا أنه لايمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه . وبظاهر ماذكرنا يحتج مالك ولايجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا إن قطعها حل الأكل ، وإن قطع أكثرها فكذلك عند أبى حنيفة) وقالا : لابد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين . قال رضى الله عنه : هكذا ذكر القدورى الاختلاف فى مختصره . والمشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبى يوسف وحده . وقال فى الجامع الصغير : إن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل ، وإن قطع أكثر الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ، ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه . والحاصل أن عند أبى حنيفة إذا قطع

تعليل قول محمد : ولورود الأمر بفريه فلعله جرى منه على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر فى المغرب . ولا ينافيه عدم السماع به فى الحديث لأن ماذكره فيما بعد لفظ نفسه لالفظ الحديث . أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفرى والإفراء مطلقا كما ذكره فى القاموس . فكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله وهى اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعى فى الاكتفاء بالحلقوم والمرىء) قال فى العناية : احتج الشافعى بأنه جمع الأوداج وما ثمة إلا الودجان . فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء لأن الحيوان لايعيش بعد قطعهما . أقول : يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد مايحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمرىء . إذ الحيوان لايعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لايخفى . وقد أفصح عنه المصنف فى تقرير دليل أبى حنيفة فيما بعد حيث قال : لأنه لايحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، مع أن الشافعى لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معا . وقال فى العناية بعد ذكر الاحتجاج المزبور : وهو ضعيف لفظا ومعنى ، أما اللفظ فلأن الأوداج لادلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا . وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم النجس ، وهو إنما يحصل بقطع مجراه انتهى . أقول : ماذكره فى وجه ضعفه لفظا ليس بسديد ، إذ قد ذكر فى الاحتجاج المزبور وجه دلالة الأوداج على الحلقوم والمرىء بأنه جمع الأوداج . وما ثمة إلا الودجان ، فدل على أن المقصود بها مايحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفى دلالتها عليهما بل لابد من بيان محذور كما لايخفى (قوله إلا أنه لايمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء : فيه بحث . لأن المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حمل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لاباقتضائه انتهى . أقول : ليس هذا بشىء . لأن ماسيجىء من كلام المصنف فى تعليل قول أبى حنيفة وإن اقتضى حمل الأوداج على الاستغراق إلا أنه لايقتضى أن يكون الاستغراق من جهة

النجس ، وهو إنما يحصل بقطع مجراه . واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه . فإن الأوداج جمع وأقله ثلاث فيتناول المرىء والودجين ، وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء ، وجوابه سيجىء . واحتج أبو يوسف رحمه الله بأن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر . إذ كل منهما مجرى الدم ، أما الحلقوم فيخالف المرىء ، فإن المرىء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس . ووقع فى بعض النسخ بالعكس ، وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب ، وجوابه سيجىء . واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه ، والأكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الأمور الأربعة وهو أقرب كما ترى . واحتج أبوحنيفة رحمه الله بأن الأكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الأحكام ، وأى ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها

(قال المصنف : فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) أقول : فيه بحث ، لأن المفهوم من كلام المصنف الذى سيذكره فى تعليل أبى حنيفة حمل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل ، فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لابالاقتضاء .

الثلاث : أىّ ثلاث كان يحل ، وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع إلى ماذكرنا . وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه فيعتبر أكثر كل فرد منها . ولأبى يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر ، إذ كل واحد منهما مجرى الدم . أما الحلقوم فيخالف المرىء فإنه مجرى العلف والماء ، والمرىء مجرى النفس فلا بد من قطعهما . ولأبى حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الأحكام ، وأىّ ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها هو إنهار الدم المسفوح والتوحية فى إخراج الروح ، لأنه لايحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب ، بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة . قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعا حتى لايكون بأكله بأس ، إلا أنه يكره هذا الذبح)

واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة ، بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة ، وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره هاهنا ، إذ لاشك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الأربعة كلها ، وإن كان من جهتى الدلالة : أعنى العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامى المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب) أقول : لقائل أن يقول : لو كان فى قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان فى الاكتفاء بقطع أحدهما تحرّز عنها لما كان قطع العروق الأربعة جميعا فى الذكاة أولى عند أبى حنيفة أيضا ، بل ينبغى أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى ، فإن تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرّر فى كثير من قواعد الفقه ، مع أنه صرح فى الشروح وغيرها

وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية : أى التعجيل فى إخراج الروح ، لأنه لايحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، وبهذا يحصل جواب أبى يوسف ، وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله . لايقال : الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد ، كما فى قوله تعالى - لايحل لك النساء - لأن ماتحته ليس أفراده حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك . وقوله (بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق) قيل : يعنى أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة ، فإن الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل . وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقى حكم الأكثر فكأنه لم يقطع شيئا وربما لوّح إلى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة . قال (ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ) الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائز مكروه ، وأكل الذبيح بها لابأس به . وقال الشافعى رحمه الله : هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ماخلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة » استثناهما بالإطلاق عما يجوز أكله فيتناول الحرمة بالمنزوع والقائم ، ولأن الذكاة فعل مشروع . وإنهار الدم بها مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أنهر الدم بما شئت » ويروى « أفر الأوداج بما شئت » وهو بإطلاقه يقتضى الجواز بالمنزوع وغيره ، إلا أنا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعى فإن فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فإنها مدى الحبشة » فإنهم لايقلمون الأظفار ويحددون الأسنان ويقاتلون بالخدش والعض ، وهذا

(قال المصنف : وما هو المقصود يحصل بها) أقول : أى بقطعها على حذف مضاف (قال المصنف : والتوحية) أقول : أى التعجيل بالحاء المهملة (قال المصنف : لأنه لايحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول : لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبى يوسف) أقول : إنما يحصل جوابه إذا كان الواو فى قوله والطعام بمعنى أو (قوله وليس ثمة معهود) أقول : قيل لانسلم أنه ليس ثمة معهود ، فإن العروق التى تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لأن ما تحته ليس أفراده حقيقة ، والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك) أقول : فيه بحث ، فإنه إنما يحمل على الجنس إذا تعذر حمله على الاستغراق ، وهنا ليس كذلك كما لايخفى . ثم قوله ليس إفراده : أى ليس من أفراد مفرده . وقوله حقيقة : أى ليس من أفراده حقيقة لأن هذا الجمع من باب التغليب .

وقال الشافعي : المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ماخلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة » ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أنهر الدم بما شئت » ويروى « أفر الأوداج بما شئت » وما رواه محمول على غير المنزوع . فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك ، ولأنه آلة جارحة فيحصل بهماهو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد . بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون فى معنى المنخنقة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي . ولأن فيه إعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالإحسان . قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم) فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا . ونص محمد فى الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصا ، وما لم يجد فيه نصا يحتاط فى ذلك . فيقول فى الحل لا بأس به وفى الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل . قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء : فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال : لقد أردت أن تميتها موتات ، هلا حددتها قبل أن تضجعها » قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك

بأن قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضا فتأمل . قال فى العناية : لا يقال الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام . وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد كما فى قوله تعالى - لايحل لك النساء من بعد - لأن ماتحته ليس أفراده حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك انتهى . وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإنه إنما يحمل على الجنس إذا تعذر حمله على الاستغراق وهاهنا ليس كذلك انتهى . أقول : ليس لهذا الإيراد مساس بالكلام المذكور فى العناية ، إذ لم يقل فيها إن الجمع حمل هاهنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالألف واللام إنما يحمل على الجنس عند أرباب علم الأصول إذا تعذر حمله على الاستغراق ، وهاهنا ليس كذلك ، بل قال فيها : إن ما نحن فيه ليس أفراده حقيقة . لأن إطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك : أى فيما يكون ماتحته من أفراده حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس هاهنا فلا يتجه عليه الإيراد المذكور أصلا (قوله وقال الشافعي : المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة ») أقول : هذا الحديث لايدل على تمام مدعى الشافعي ، بل يدل على خلاف مدعاه فى البعض . فإن القرن أيضا داخل فى المدعى مع أن الحديث المذكور لايدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقى ماعداهما فى حكم المستثنى منه (قوله ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد بقوله إنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة ، وإن أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم . ولكن لانسلم أنه لايكون ذكاة حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فإنه مكروه

معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع . وقوله (ولأنه آلة جارحة) جواب عن دليله المعقول . وتقريره : إنا لانسلم أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع ، فإنه أى كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل ، وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها : الليطة بكسر اللام : قشر القصب : والمروة : الحجر الحاد (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه يقتل بالثقل فيكون فى معنى المنخنقة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لقد أردت أن تميتها موتات » قيل إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه ، وليس كذلك لأن المذبوح لاعقل له ، وهو مع كونه سوء أدب ساقط لأن الوهم فى ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها . والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه ، فسره المصنف بأنه عرق أبيض فى عظم الرقبة ، ونسبه صاحب

وتؤكل ذبيحته) وفى بعض النسخ : قطع مكان بلغ . والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة . أما الكراهة فلما روى عن النبىّ عليه الصلاة والسلام « أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت » وتفسيره ماذكرناه ، وقيل معناه : أن يمدّ رأسه حتى يظهر مذبحه ، وقيل أن يكسرعنقه قبل أن يسكن من الاضطراب ، وكل ذلك مكروه ، وهذا لأن فى جميع ذلك وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهىّ عنه . والحاصل أن مافيه زيادة إيلام لايحتاج إليه فى الذكاة مكروه . ويكره أن يجرّ مايريد ذبحه برجله إلى المذبح . وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد : يعنى تسكن من الاضطراب ، وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ ، إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال : تؤكل ذبيحته . قال (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ، ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها . قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح ، وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على مامر ، والعجز متحقق فى الوجه الثانى دون الأول (وكذا ماتردّى من النعم فى بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا . وقال مالك : لايحل بذكاة الاضطرار فى الوجهين لأن ذلك نادر . ونحن نقول : المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل ، كيف وإنا لانسلم الندرة بل هو

عندنا ، ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لايكون بأكله بأس ، إلا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعى عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة) قال فى المغرب : النخاع خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب ، والفتح والضم لغة فى الكسر ، ومن قال هو عرق فقد سها ، إنما ذلك البخاع بالباء يكون فى القفا ، ومنه بخع الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع ، فالبخع أبلغ من النخع انتهى . وذكر صاحب النهاية ما فى المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه إلى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ماذكره هنا من عند نفسه حيث قال : فسره المصنف بأنه عرق أبيض فى عظم الرقبة ، ونسبه صاحب النهاية إلى السهو وقال : هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب . وردّ بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هى شرايين وأوتار وما ثمة شىء يسمى بالخيط أصلا ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : الردّ المذكور مردود ، لأن ماذكره من العظام والأعصاب والعروق إنما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان ، وله أعضاء أخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ، ومركبة تركيبا أوليا كالعضل ، أو ثانيا كالعين ، أو ثالثا كالوجه ، ثم الرأس مثلا على مابين كله فى كتب الطب ،

النهاية إلى السهو . وقال : هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة ممتدّ إلى الصلب . وردّ بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هى شرايين وأوتار ، وما ثمة شىء يسمى بالخيط أصلا . ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع فى إفادة معنى الكراهة وهو كل مافيه زيادة ألم لايحتاج إليه فى الذكاة . قال (وما استأنس من الصيد) قد مرّ أن الذبح الاضطرارى بدل عن الاختيارى فلا مصير إلى الأول قبل العجز عن الثانى ، وهذا مخرج ماذكر فى الكتاب (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز (وقال مالك رحمه الله : لايحل الأكل بذكاة الاضطرار فى الوجهين) يعنى ماتوحش وما تردّى ، لأن ذلك نادر والنادر لاحكم له . قلنا : لانسلم الندرة ، ولئن كانت فالمعتبرة حقيقة العجز وقد تحقق

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب ، إلى قوله : وما ثم شىء يسمى بالخيط أصلا) أقول : وفى القاموس : النخاع مثلثة الخيط الأبيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب .

غالب . وفى الكتاب أطلق فيا توحش من النعم . وعن محمد أن الشاة إذا ندّت فى الصحراء فذكاتها العقر . وإن ندت فى المصر لاتحل بالعقر لأنها لاتدفع عن نفسها فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز . والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما . وإن ندا فى المصر فيتحقق العجز . والصيال كالند إذا كان لايقدر على أخذه : حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله . قال (والمستحبّ فى الإبل النحر ، فإن ذبحها جاز ويكره . والمستحب فى البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها فى المنحر وفيهما فى المذبح . والكراهة لمخالفة السنة وهى لمعنى فى غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك إنه لايحل . قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد فى بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبى حنيفة . وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعى لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها . وكذا حكما حتى يدخل فى البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها . وإذا كان جزءا منها فالجرح فى الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما فى الصيد . وله أنه أصل فى الحياة حتى تتصوّر حياته بعد موتها وعند ذلك ينفرد بالذكاة ، ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق بإعتاق مضاف إليه ، وتصح الوصية له وبه . وهو حيوان دموى . وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لايتحصل بجرح الأم . إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا فى حقه ، بخلاف الجرح فى الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر . وإنما يدخل فى البيع تحريا لجوازه كى لايفسد باستثنائه ويعتق بإعتاقها كى لاينفصل من الحرة ولد رقيق .

فإن أراد بقوله وما ثمة شىء يسمى بالخيط أنه ما فى الأعضاء المفردة المخصوصة التى ذكرها شىء يسمى بالخيط فهو مسلم ، لكن لايجدى شيئا إذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الأعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لايسمى شىء من تلك الأعضاء بالخيط أن لا يكون النخاع خيطا . وإن أراد به أنه ما فى أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شىء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا . كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط : منها المغرب كما ذكرناه فى صدر الكلام . ومنها صحاح الجوهرى فإنه قال فيه : وهو الخيط الأبيض الذى فى جوف الفقار . ومنها القاموس فإنه قال فيه : والنخاع مثلثة الخيط الأبيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب فى الجسم إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة .

(وقوله وفى الكتاب) يريد به القدورى وكلامه واضح . والنحر : قطع العروق عند الصدر . والذبح : قطعها تحت اللحيين ، والمستحب فى الإبل الأول وفى غيره الثانى ، والعكس يجوز . ويكره لما ذكر فى الكتاب (وقوله لمعنى فى غيره) أى فى غير الذبح وهو ترك السنة (وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان . وكلامه واضح خلا أنه لم يجب عن الحديث الذى استدلا به لأنه لايصلح للاستدلال لأنه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب . فإن كان منصوبا فلا إشكال أنه تشبيه . وإن كان مرفوعا فكذلك لأنه أقوى فى التشبيه من الأول ، عرف ذلك فى علم البيان . قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما فى قوله :

وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق

(فصل فيما يحل أكله وما لايحل)

قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور) « لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع » . وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لاكل ما له مخلب أو ناب . والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة . ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كى لايعدو شىء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل ، ويدخل فيه الضبع والثعلب ، فيكون الحديث حجة على الشافعى رحمه الله فى إباحتهما ، والفيل ذو ناب فيكره ، واليربوع

(فصل فيما يحل أكله وما لايحل)

لما ذكر أحكام الذبائح شرع فى تفصيل المأكول منها وغير المأكول ، إذ المقصود الأصلى من شرعية الذبح ، التوصل إلى الأكل . وقدم الذبح لأن وسيلة الشىء تقدم عليه فى الذكر (قوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لاكل ما له مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان : وهكذا قرر شيخ الإسلام خواهر زاده فى شرح المبسوط . ثم قال : ولنا فى هذا التقرير نظر لأن الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ، ولو صحت تلك الرواية فنمنع انصراف قوله من السباع إلى النوعين جميعا ، لأن قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب انتهى . أقول : قوله لأن قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب ليس بتام . لأن كونه أقرب إنما يقتضى أولوية انصرافه إليه من انصرافه إلى أول النوعين لا إلى النوعين جميعا ، ومدعى الشيخين انصرافه إليهما معا فلا يقدح فيه ماذكره . والوجه أن يقال : بين النوع الأول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور فى ذيل النوع الثانى وهو قوله من السباع مصروفا إلى النوعين جميعا ، إذ المتبادر أن يكون كلّ من البيانين قيدا لما قرن به من أحد النوعين مذكورا بإزاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعى على ماهو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) قال الشراح : الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف

(فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل)

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لأنه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشىء تقدم عليه فى الذكر وكلامه واضح ، وإنما ذكر أوصاف السبع ليبنى على ذلك . قوله (كى لايعدو شىء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم . قال فى المبسوط : فالمراد بذى الخطفة مايخطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب ، ومن ذى النهبة ماينتهب بنابه من الأرض كالأسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لأن لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعى فى إباحتهما . فإن قيل : يعارضه حديث جابر رضى الله عنه « أنه سئل عن الضبع أصيد هو ؟ فقال نعم ، فقيل أيؤكل لحمه ؟ فقال نعم ، فقيل أشىء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال نعم » فلا يكون حجة . أجيب بأن حديثنا مشهور لايعارضه حديث جابر إن صح ، وقد قيل إنه كان فى الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ـ ويحرّم عليهم الخبائث ـ وابن عرس دويبة ، والرخم جمع رخمة وهو طائر أبلق يشبه النسر فى الخلقة ـ والبغاث مالا يصيد من صغار الطير وضعافه ، وأما الغراب الأسود والأبقع فهو أنواع ثلاثة : نوع

(فصل فيما يحل أكله وما لايحل)

(قوله إن الاختطاف من فعل الطيور ، والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول : قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما فى كل سبع (قوله والبغاث ما لايصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضا كالعصفور

وابن عرس من السباع الهوام . وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف . قال (ولا بأس بغراب الزرع) لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير . قال (ولا يؤكل الأبقع الذى يأكل الجيف، وكذا الغداف . وقال أبو حنيفة : لا بأس بأكل العقعق) لأنه يخلط فأشبه الدجاجة . وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف . قال (ويكره أكل الضبع والضبّ والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا ، وأما الضبّ فلأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عائشة رضى الله عنها حين سألته عن أكله . وهي حجة على الشافعي فى إباحته ، والزنبور من المؤذيات ، والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لايجب على المحرم بقتله شيء ، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها. قال (ولايجوز أكل الحمر الأهلية والبغال)

من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى . أقول : فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أو منتهب إلى آخر ماذكره ، لأن قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب فى كل سبع وذا لايتصور على الفرق المذكور كما لايخفى (قوله وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف) الرخم جمع رخمة . وهو طائر أبقع يشبه النسر فى الخلقة يقال له الأنوق كذا فى الصحاح . والبغاث طائر أبغث إلى الغبرة دوين الرخمة . بطىء الطيران كذا فى الصحاح أيضا معزيا إلى ابن السكيت . وقال فى القاموس : البغاث مثلثة الأول : طائر أغبر انتهى . قال جمهور الشراح هنا البغاث مالا يصيد من صغار الطير وضعافه . وقال بعض منهم بعد ذلك : كالعصافير ونحوها . أقول : هذا التفسير منهم لايناسب ما فى الكتاب . أما أولا فلأنه يتناول مايؤكل لحمه أيضا كالعصافير فإنها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به فى أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان. وأما ثانيا فلأن كثيرا مما لايصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لايخفى، فلو كان المراد بالبغاث المذكور فى الكتاب مافسروه به لزم أن لايتم قول المصنف لأنهما يأكلان الجيف . نعم وقع فى بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به هاهنا فإنه قال فى ديوان الأدب : البغاث مالايصيد من الطير . وقال فى المغرب : البغاث مالايصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها . وقال فى الصحاح : قال الفراء : بغاث الطير شرارها ومالايصيد منها انتهى . إلا أن شيئا من ذلك لايصلح أن يجعل تفسيرا لما فى الكتاب لما ذكرنا من الوجهين . وإنما التفسير المناسب لما فى الكتاب ماقدمناه مما ذكر فى الصحاح أولا معزيا إلى ابن السكيت . وما ذكره فى القاموس أيضا تبصر ترشد (قوله وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضبّ لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية : أى لأن الضبّ من الحشرات ، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لاتأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفراده

يلتقط الحب ولايأكل الجيف وليس بمكروه، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف وهو الذى سماه المصنف الأبقع الذى يأكل الجيف وأنه مكروه ، ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره فى الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيظ لايؤكل . وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة . وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه ، وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط . وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع : يعني أنه ذو ناب (وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم ، وأنثه لتأنيث الخبر . فإن قيل : يعارضه حديث ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال : لم يكن من طعام قومى .

(قوله ولم يذكره فى الكتاب) أقول : قال الزيلعي فى شرح الكنز : ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقعق فعلى هذا لايصح قول الشارح ولم يذكره فى الكتاب (قال المصنف : وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لأنه منها) أقول : قال العلامة الكاكي : أى لأن الضب من الحشرات ، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل

لمـا روى خالد بن الوليد رضى الله عنه « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير » وعن علىّ رضى الله عنه « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أهدر المتعة وحرّم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر » . قال (ويكره لحم الفرس عند أبى حنيفة) وهو قول مالك . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله : لا بأس بأكله لحديث جابر رضى الله عنه أنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية ، وأذن فى لحوم الخيل يوم خيبر » ولأبى حنيفة قوله تعالى ـ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ـ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها ، والحكيم لايترك الامتنان بأعلى النعم ويمتنّ بأدناها ، ولأنه آلة إرهاب العدو فيكره أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم فى الغنيمة . ولأن فى إباحته تقليل آلة الجهاد ، وحديث جابر

انتهى . واقتفى أثره العينى . أقول : ليس ذلك بسديد لأن الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضبّ لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضا لامن قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذاك الجنس أيضا كما توهمه ذانك الشارحان ، فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه إنما تكره الحشرات كلها لأن الضبّ منها . وقد ورد فى كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضا بطريق القياس لاشتراك كلها فى علة الكراهة . ثم أقول : ليت شعرى لم وقع المصنف فى هذا المضيق ولم يتشبث فى إثبات كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ـ ويحرم عليهم الخبائث ـ والظاهر أن

فأجد نفسى تعافه فلا أحله ولا أحرّمه » وحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال « أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفى الآكلين أبو بكر رضى الله عنه » أجيب بأن الأصل أن الحاظر والمبيح إذا تعارضا يرجح الحاظر ، على أن المبيح مؤول بما قبل التحريم : ولا تؤكل الحمر الأهلية لمـا ذكر فى الكتاب ، وذهب بشر المريسى إلى إباحته ، ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبثا بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى ـ قل لا أجد فيما أوحى إلىّ محرّما ـ الآية ، وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « لم يبق من مالى إلا حميرات ، فقال عليه الصلاة السلام : كل من سمين مالك » واستدلالا بحل أكل الوحشى وهو ضعيف . أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر ، والدليل على ذلك حرمة الأشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها . وأما الحديث فلأنه مؤول بأكل ثمنها . وأما الاستدلال فلأن من شرطه أن لايكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهى عن لحوم الحمر الأهلية قائم فبطل القياس . قال (ويكره لحم الفرس عند أبى حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح . وقد اعترض على قوله والحكيم لايترك الامتنان بأعلى النعم ويمتنّ بأدناها بأنه ترك ذكر الحمل

لحم البعير ، يتناول نهيه كل الأفراد انتهى . وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر) أقول : والدليل عليه أن سورة الأنعام مكية ، وفتح خيبر كان بعد الهجرة (قال المصنف : ولأبى حنيفة رحمه الله قوله تعالى ـ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ـ خرج مخرج الامتنان الأكل من أعلى منافعها الخ) أقول : قال القاضى فى تفسيره : واستدل به على حرمة لحومها ، ولا دليل فيه ، إذ لايلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبا أن لايقصد منه غيره أصلا ، ويدل عليه أن الآية مكية ، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الأهلية حرمت عام خيبر انتهى . قال الكاكى : فإن قيل : إنما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة . أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا . ولئن سلمنا لكن لانسلم أن منفعة الأكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة . أما قوله منفعة الأكل يتعلق بها البقاء فى الجملة فسلم ، لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما . أما منفعة الركوب والزينة فى الخيل فلا يسد غيره مسده ، فإن الركوب والزينة فى الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهما من الغنيمة كالآدمى فحينئذ ترك الامتنان فى الخيل بالأكل لايدل على حرمته كترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل . قلنا : وجه الامتنان لايتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء ، بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ، ومنفعة الأكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة فى النعمة . على أنا نقول : إن الركوب والزينة لايختص بهذه الأشياء ، بل يوجد فى غيرها وهو البقر والضأن والإبل ، فلا يكون المقصود منها ذكر

معارض بحديث خالد رضي الله عنه . والترجيح للمحرّم . ثم قيل : الكراهة عنده كراهة تحريم . وقيل كراهة تنزيه . والأول أصح . وأما لبنه فقد قيل : لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد . قال(ولا بأس بأكل الأرنب) لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام أكل منه حين أهدي إليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه . ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي . قال (وإذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمي والخنزير) فإن الذكاة لاتعمل فيهما . أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ . وقال الشافعي : الذكاة لاتؤثر في جميع ذلك لأنه لايؤثر في إباحة اللحم أصلا . وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الأصل وصار كذبح المجوسي . ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم . فإذا زالت طهر كما في الدباغ . وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ . وكما يطهر لحمه يطهر شحمه . حتى لو وقع في الماء القليل لايفسده خلافا له . وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل ؟ قيل : لايجوز اعتبارا بالأكل . وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة . والزيت غالب لايؤكل وينتفع به في غير الأكل . قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع مافي البحر . واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان . وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله . والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى ـ أحل لكم

الحشرات كلها من الخبائث فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم . وقيل كراهة تنزيه والأول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الأول أصح : لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله: إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه؟ قال التحريم انتهى .أقول فيه نظر . لأن هذا إنما يدل على كون الأول أصح أن لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ أكرهه فكأنّ بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه . وليس كذلك بل المروي عنه فيها لفظان : أحدهما لايعجبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه . وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم . فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور : ومبنى اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فإنه روى عنه : رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح إلى التنزيه. وروى عنه أنه قال: أكرهه وهو يدل على التحريم على ماروينا عن أبي يوسف اهـ تأمل(قوله لهم قوله تعالى ـ أحلّ لكم

عليه فينبغي أن لايحل الحمل عليه وهو فاسد ، فإن الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل ليس كذلك . وقوله (والأول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله : إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه ؟ قال التحريم .ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروي عنه ، فإنه روى عنه: رخص بعض العلماء في لحم الخيل .فأما أنا فلا يعجبني أكله . وهذا يلوّح إلى التنزيه. وروى عنه أنه قال أكرهه،وهو يدل على التحريم على ماروينا عن أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) واضح.والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا . والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء

المنافع الخاصة بها . ومنفعة الأكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء به دون الركوب . وأما قوله غيره يسد مسده في تعلق البقاء . قلنا : ذلك لايخرج عن كون منفعة الأكل فوق منفعة الركوب والزينة . وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركوبا منتفعا به في ذاته ثبت أنه مال متقوم ومحل البيع ، وفيه كلام لايخفى .

صيد البحر ـ من غير فصل ، وقوله عليه الصلاة والسلام فى البحر « هوّ الطهور ماؤه والحلّ ميتته » ولأنه لادم فى هذه الأشياء إذ الدموى لايسكن الماء والمحرم هوالدم فأشبه السمك . قلنا : قوله تعالى ـ ويحرم عليهم الخبائث ـ وما سوى السمك خبيث. ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع . ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لايحل. والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان . أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال ـ قال (ويكره أكل الطافى منه) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما روينا . ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث . ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « ما نضب عنه الماء فكلوا . وما لفظه الماء فكلوا . وما طفا فلا تأكلوا » وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا . وميتة البحر مالفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة . قال (ولا بأس بأكل الجرّيث والمارماهى وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك : لايحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البرّ . ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما فى سائره . والحجة عليه ماروينا . وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال : كله كله . وهذا عدّ من فصاحته . ودلّ على إباحته وإن مات حتف أنفه ، بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى . ثم الأصل فى السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ . وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لايحل كالطافى . وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى . وعند التأمل يقف المبرّز عليها : منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقى ؛ لأن موته بآفة وما أبين من الحى وإن كان ميتا فميتته حلال . وفى الموت بالحرّ والبرد روايتان . والله أعلم .

صيد البحر ـ من غير فصل) أقول : الظاهر أن ضمير لهم راجع إلى جميع من خالفنا فى هذه المسئلة على التفصيل المذكور ، إذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا . مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لايتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والإنسان كما مر ذلك أيضا . إذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لايخفى فتأمل (قوله ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول : لايذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لايفيد مدعى مالك والشافعى بدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافى وعند ذلك لايظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف . بل ينبغى أن يقال لإطلاق ما روينا وإطلاق حديث حلّ ميتة البحر .

حتف أنفه من غير سبب فيعلو . والجرّيث نوع من السمك والمارماهى كذلك . وقوله (والحجة عليه ماروينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان الخ » وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد فى بطن السمكة سمكة أخرى فإنها تؤكل لأن ضيق المكان سبب لموتها ، وكذلك إن قتلها طير الماء وغيره ، وكذلك إن ماتت فى حبّ ماء لأن ضيق المكان سبب لموتها ، وكذلك إن جمعها فى حظيرة لاتستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها كذلك ، وإن كانت لاتؤخذ بغير صيد فلا خير فى أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب ، وإذا ماتت السمكة فى الشبكة وهى لاتقدر على التخلص منها أو أكل شيئا ألقاه فى الماء لتأكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها ، وهو فى معنى ما انحسر

(قال المصنف : وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر) أقول : فيه بحث ، فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتل الطف فى كونها إضافة إلى المكان . وجوابه أن مراده لاماءات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين .

(كتاب الأضحية)

(كتاب الأضحية)

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الأضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام . كذا قالوا . أقول : فيه مناقشة هي أنهم إن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى الوجود فهو ممنوع . إذ قد تقرر عند المحققين أنه لاوجود للعام إلا فى ضمن الخاص . وإن أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى التعقل فهو إنما يكون إذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف . وكون الأمر كذلك فيما نحن فيه ممنوع . ويمكن أن يقال : تمييز الذاتى من العرضى إنما يتعسر فى الحقائق النفس الأمرية . وأما فى الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا فى مفهوم شىء يصير ذاتيا لذلك الشىء . ويكون تصور ذلك الشىء بالأمور الداخلة فى مفهومه تصورا له بالكنه . ولا شك أن معنى الذبح داخل فى معنى الأضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثانى تأمل تقف . ثم إن بيان معنى الأضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح . فقال صاحب النهاية : أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح فى يوم الأضحى انتهى . أقول : فيه نوع مخالفة لما ذكر فى مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما . فإن المذكور فيها أن الأضحية شاة تذبح يوم الأضحى ولم يذكر فى واحد منها عموم الأضحية لشىء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها فى عبارة صاحب النهاية . وقال صاحب العناية ومعراج الدراية : الأضحية فى اللغة اسم مايذبح فى يوم الأضحى انتهى . أقول : فيه سماجة ظاهرة . فإنه يتناول كل مايذبح فى يوم الأضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لايطلق عليه لفظ الأضحية لابحسب الشرع ولا بحسب اللغة . وقال صاحبا الكافى والكفاية : هى مايضحى بها : أى يذبح انتهى . أقول : فيه خلل بين . فإنه يتناول كل مايذبح فى يوم الأضحى وغيره، وإنما هذا معنى الذبيحة مطلقا، ولا شك أن الأضحية أخص منها . ثم قال صاحب النهاية :

عند الماء . وقال صلى الله عليه وسلم « ما انحسر عنه الماء فكل . وقوله (وفى الموت بالحر والبرد روايتان) إحداهما أنها تؤكل لأنه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس . والأخرى أنها لاتؤكل لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت فى الغالب . وأطلق القدورى رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد . وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه على قول أبى حنيفة رحمه الله لايحل ، وعلى قول محمد رحمه الله يحل . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الأضحية)

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام . والأضحية فى اللغة : اسم مايذبح فى يوم الأضحى وهى أفعولة وكان أصله أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ، ويجمع على أضاحى بتشديد الياء . قال الأصمعى : وفيها أربع لغات : أضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى كأرطاة وأرطى وقال الفراء الأضحى يذكر ويؤنث .

(كتاب الأضحية)

(قوله أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول : الأولى أن يقول : أورد الأضحية عقيب الذبائح لأنها ذبيحة خاصة

وأما شرعا فالأضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الإبل والبقر والضأن والمعز بسنّ مخصوص ، وهو الثنيّ فصاعدا من هذه الأنواع الأربعة ، والجذع من الضأن يذبح بنية القربة فى يوم مخصوص وهو يوم الأضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى . وقال صاحب العناية : وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الأضحى انتهى . أقول : يرد على ظاهره أن الأضحية فى الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص فى وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان فى ذلك الوقت ، فإن هذا معنى التضحية لا معنى الأضحية ، وقد لوّح إليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : هى فى الشريعة مايذبح فى يوم الأضحى بنية القربة . وقال فيما نقل عنه : ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص فإنه لم يفرق بين الأضحية والتضحية انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المراد فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه ، وهذا كما قيل فى تعريف العلم بحصول صورة الشيء فى العقل

وفى الشريعة : عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الأضحى . وشرائطها ستذكر فى أثناء الكلام . وسببها الوقت وهو أيام النحر ، لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به ، إذ الأصل فى إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا ، وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف فى الأصول . ثم إن الأضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر ، وقد أضيف السبب إلى حكمه . يقال يوم الأضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ، ولا نزاع فى سببية ذلك ، ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها . لايقال : لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب ، لأن الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه ، وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فى أول يوم النحر ولم يضحّ حتّى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدّق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الذكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة . لايقال : أدنى مايتمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم تجب إلا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة ، لأن اشتراط النصاب لاينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر ، وهذا لأنها وظيفة مالية نظرا إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما فى صدقة الفطر . لايقال : لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك ، لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق ، والمضحى إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان : أعنى التمليك والإتلاف بإراقة الدم ، وإن لم يتصدق حصل الأخير . وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب فى الدنيا والوصول إلى الثواب بفضل الله تعالى فى العقبى

(قوله وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول فى معراج الدراية : المراد من قول أصحابنا الأضحية واجبة التضحية ، أو على حذف المضاف كقوله تعالى ـ الحج أشهر معلومات ـ إذ الأفعال توصف بالوجوب لا بالأعيان ، ويحتمل أن يراد حقيقتها ، لأن الأعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى . وهذا الكلام منه بعد مافسر الأضحية فى عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى . ثم اعلم أنه لابد فى التعريف من قيد آخر ، وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف (قوله لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه) أقول : بإضافته إليه أو عكسه (قوله إذ الأصل فى إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا) أقول : أى أن يكون المضاف أو المضاف إليه (قوله حتّى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول : فيه أن المشترى إذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتّى مضت الأيام فكذا الحكم ، فنى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث ، إذ ليس فى الفقير قدرة لاممكنة ولا ميسرة ، فذلك للاشتراء بنية الأضحية لا للقدرة فليتأمل . ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة فى يوم النحر ، وسيقول إنما شبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر ، لأنها لاتسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى . وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة (قوله لأن اشتراط النصاب لاينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر) أقول : للسائل أن ينقل الكلام إلى صدقة الفطر فيحتاج إلى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليتأمل . وفى شرح المنار للعلامة ابن فرشته : وكذا النصاب ليس بشرط فى صدقة الفطر لليسر ، بل ليصير الموصوف

قال (الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر فى يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهم الله . وعنه أنها سنة ، ذكره فى الجوامع وهو قول الشافعى . وذكر الطحاوى أن على قول أبى حنيفة واجبة . وعلى قول أبى يوسف ومحمد سنة مؤكدة ، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف . وجه السنة قوله عليه الصلاة والسلام « من أراد

أن المراد منه هو الصورة الحاصلة فى العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجانى فى عدّة مواضع من تصانيفه . وطعن بعض الفضلاء فى التعريف الذى ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : اعلم أنه لابد فى التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسنّ مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه أيضا بأن قوله حيوان مخصوص يغنى عن ذلك القيد الآخر ، فإن المراد بالمخصوص مايعم المخصوص النوعى وهو الأنواع الأربعة الإبل والبقر والضأن والمعز . والمخصوص السنى أيضا وهو الثنى فصاعدا من الأنواع الأربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده ، فلا ينتقض التعريف بشىء . نعم لو فصله كما وقع فى النهاية وغيرها لكان أظهر . لكنه سلك مسلك الإجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك فى تضاعيف المسائل الآتية . ثم قال صاحب النهاية : وأما شرائطها فنوعان : شرائط الوجوب ، وشرائط الأداء . أما شرائط الوجوب فاليسار الذى يتعلق به وجوب صدقة الفطر والإسلام والوقت وهو أيام النحر . حتّى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لاتجب الأضحية لأجله . ثم قال : وأما شرائط الأداء فالوقت . ولو ذهب الوقت تسقط الأضحية ، إلا أن فى حق المقيمين بالأمصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد . ثم قال : وأما سببها فهو المبهم فى هذا الكتاب ، فإن سبب وجوب الأضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا فى أصول الفقه ولا فى فروعه . أما الأول فأقول وبالله التوفيق : إن سبب وجوب الأضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب ، وإنما قلنا ذلك لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به ، إذ الأصل فى إضافة الشىء إلى الشىء أن يكون حادثا بسببا ، وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم هاهنا تكرر وجوب الأضحية بتكرر الوقت ظاهر . وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الأضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد . وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما فى صلاة الظهر . ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما فى يوم الجمعة ، ومثل هذه الإضافة فى الأضحية لم توجد فى حق المال ؛ ألا يرى أنه لايقال أضحية المال ولا مال الأضحية فلا يكون المال سببها انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الوقت لما كان شرط وجوب الأضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها . لأن الشىء الواحد لايصح أن يكون شرطا وسببا لشىء واحد آخر ، إذ قد تقرّر فى علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر فى أحدهما ما ينافى الآخر ، فإنه قد اعتبر فى السبب أن يكون موصلا إلى المسبب فى الجملة . وفى الشرط أن لايكون موصلا إلى المشروط أصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ، ومن الممتنع أن يكون شىء واحد موصلا إلى شىء واحد آخر . وأن لايكون موصلا إليه فى حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين ، وعن هذا قالوا فى الصلاة إن الوقت سبب لوجوبها وشرط لأدائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة إلى شىء واحد (قوله الأضحية واجبة على كل حرّ مسلم مقيم موسر فى يوم الأضحى) قال فى العناية أخذا من النهاية : وهى واجبة بالقدرة الممكنة ، بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فى أوّل

قال (الأضحية واجبة الخ) كلامه واضح . والجوامع اسم كتاب فى الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله . وقيد بقوله فى الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فإنهما يختلفان فيها لأن المسافر يلحقه المشقة فى أدائها . والعتيرة ذبيحة كانت تذبح فى رجب يتقرّب بها أهل الجاهلية والمسلمون فى صدر الإسلام ثم نسخ .

به أهلا للإغناء ، إذ الإغناء لايتحقق من غير الغنى الشرعى . فإن قلت : المراد من الإغناء الإغناء عن المسئلة وذلك لايتوقف على الغنى الشرعى . قلت : ما دون الغنى الشرعى فى حكم العدم ، لأن من لم يتصف به يكون أهلا لأخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها للتنافى بينهما انتهى . ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة فى باب حسن المأمور به من كتب الأصول فراجعه .

أن يضحى منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا ، والتعليق بالإرادة ينافى الوجوب ، ولأنها لو كانت واجبة

يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لايقال أدنى مايتمكن به المرء من إقامتها تملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم تجب إلا بملك النصاب ، فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لأن اشتراط النصاب لاينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر . وهذا لأنها وظيفة مالية نظرا إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما فى صدقة الفطر . لايقال : لو كان كذلك لوجب التمليك ، وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق والمضحى إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان : أعنى التمليك والإتلاف بإراقة الدم ، وإن لم يتصدق حصل الأخير ، إلى هنا لفظ العناية . واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه : إن المشترى إذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الأيام فكذا الحكم . ففى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث ، إذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة . فذلك للاشتراء بنية الأضحية لاللقدرة فليتأمل انتهى . أقول : ليس هذا بشىء ، إذ لا نزاع لأحد فى أن علة وجوب الأضحية على الموسر هى القدرة على النصاب ، وإنما الكلام هنا فى أن القدرة التى تجب بها الأضحية على الموسر هل هى القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة . فاستدل صاحب النهاية على أنها هى القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت فى فتاوى قاضيخان . وهى أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فى أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية . واقتفى أثره صاحب العناية . ولا شك فى استقامة هذا الاستدلال ، إذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ماتقرر فى علم الأصول . ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها أو بقيمتها ، لأن علة الوجوب فى المعسر هى الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به لا القدرة ، وعلته فى الموسر هى القدرة لا الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به أيضا ، فبعد أن تقرر أن علته فى الموسر هى القدرة لاغير تكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هى الممكنة لا الميسرة ، على أن اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة ممنوع إذ الواجب فى صورة إن كان المشترى معسرا هو التصدق بعينها حية لاغير ، بخلاف إن كان موسرا كما سيجىء فى الكتاب مفصلا . وقال ذلك البعض : ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة ؛ وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة فى يوم النحر اه . أقول : وليس هذا أيضا بشىء ، لأن مراد المصنف هناك فوات أداء الأضحية بمضى الوقت لاسقوطها بالكلية فى حق المقيم أيضا ، فإن الأداء وهو تسليم عين الثابت بالأمر يفوت بمضى الوقت فى الواجبات الموقتة مطلقا ، لأن الوقت شرط لأدائها على ماعرف فى أصول الفقه . وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالأمر فلا يسقط بمضى الوقت ، وإنما الفائت بمضيه شرف الوقت لاغير ، وهذا أيضا مما عرف فى أصول الفقه . وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة ، وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة للحج ، وعدوا الأضحية من القسم الثانى وقالوا : إن أداءها فى وقتها بإراقة الدم وقضاءها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها ، فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم ، وقوله وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة فى يوم النحر ليس بصحيح ، إذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله وإلا لم تسقط . ولم يقل أحد بصحة أداء الموقتات بعد مضى وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة فى يوم النحر فإن التضحية إراقة الدم ، وهى إنما تقبل فى وقت الأداء لا بعده ، وإنما الذى يلزم بعده قضاؤها وهو إنما يكون بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره . ثم قال ذلك البعض : وسيقول المصنف إنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال

. . . .

على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لايختلفان فى الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة . ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام «من وجد سعة ولم يضحّ فلا يقربنّ مصلانا» ومثل هذا الوعيد لايلحق بترك غير الواجب ، ولأنها قربة يضاف إليها وقتها . يقال يوم الأضحى ؛ وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود ، والوجوب هو المفضى إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس ، غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضىّ الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة ؛ والمراد بالإرادة فيما روى والله أعلم

قبل مضىّ أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر لأنها لاتسقط بهلاك المال بعد ماطلع الفجر من يوم الفطر انتهى . وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة . إلى هنا كلامه . أقول : وهذا أيضا ساقط جدا ؛ لأن الأضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضىّ أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها . حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مرّ بيانه . ووجه ذلك ماتقرّر فى علم الأصول من أن وجوب الأداء فى المؤقتات التى يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما يثبت آخر الوقت ، إذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لأنه فى ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله . حتى إذا مات فى الوقت لا شىء عليه . والأضحية من هاتيك المؤقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضىّ وقتها ، ولا تسقط بهلاكه بعد مضى وقتها لتقرّر سبب وجوب أدائها إذ ذاك ، بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها ، بخلاف الزكاة فإنها من الواجبات المطلقة دون المؤقتة كما نص عليه فى علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا : أى فى أىّ وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها . ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب إلى العسر كما عرف فى أصول الفقه . فلو كان المعتبر فى الأضحية أيضا هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الأضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لامحالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الأضحية بالزكاة فى مجرد سقوطها بهلاك المال فى بعض الأحوال لا فى السقوط بهلاكه فى كل حال . ومن البين فيه قوله من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضىّ أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضىّ أيام النحر فى سقوط الأضحية ، وأطلق هلاك النصاب فى سقوط الزكاة . والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفى على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح فى خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام « من وجد سعة ولم يضحّ فلا يقربنّ مصلانا » ومثل هذا الوعيد لايلحق بترك غير الوارد) اعترض عليه بقوله

(قوله ومثل هذا الوعيد لايلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم «من ترك سنتى لم تنله شفاعتى» . أجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا ، فإن ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به ؛ لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة فى غير الحرام . وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر . وقوله (وهو) أى الاختصاص (بالوجود) لأنه إذا لم يوجد فيه لايكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص (والوجوب هو المفضى إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب . واعترض بأن السنة أيضا تفضى إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس لأن الناس لايجتمعون على ترك السنة . وأجيب بأن الوجوب يفضى إليه لاستحقاق العقاب بتركه . وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب : أى بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهى تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها فى وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفى ذلك مشقة والسفر مؤثر فى التخفيف ؛ ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التى لاتبلغ قيمة الأضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الأضحية وهو أقوى حرجا من زيادة ثمن الماء . وقوله (والمراد بالإرادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام «من أراد أن يضحى منكم» فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام

(قال المصنف : ومثل هذا الوعيد لايلحق بترك غير الواجب) أقول : يمكن أن يمنع ذلك . كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا » مع أن أكلهما ليس بمحرم فليتأمل (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا الخ) أقول : فيه تأمل

ماهو ضد السهو لا التخيير . والعتيرة منسوخة ، وهى شاة تقام فى رجب على ماقيل . وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدّى إلا بالملك . والمالك هو الحرّ ؛ وبالإسلام لكونها قربة . وبالإقامة لما بينا . واليسار لما روينا من اشتراط السعة ؛ ومقداره مايجب به صدقة الفطر وقد مرّ فى الصوم .

صلى الله عليه وسلم « من ترك سنتى لم تنله شفاعتى » وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا . فإن ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به . لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة فى غير الحرام ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : ذاك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضا بأن يكون المراد بقوله عليه الصلاة والسلام « ولم يضحّ » هو ترك التضحية اعتقادا أو تركها أصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى . ثم قال فى العناية : وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت علىّ الأضحية ولم تكتب عليكم » وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم » وبأن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لايضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة . وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض . ونحن نقول بأنها غير فرض ، إنما هى واجبة . وعن الثانى بأنه مشترك الإلزام ، فإن قوله « ضحوا » أمر وهو للوجوب . وقوله « فإنها سنة أبيكم » أى طريقته . فالسنة هى الطريقة المسلوكة فى الدين . وعن الثالث بأنهما كانا لايضحيان فى حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى . أقول : فى تقريره الجواب عن الثانى خلل فإن القول بأنه مشترك الإلزام ليس بصحيح لأنه لما كان قوله ضحوا أمرا وكان الأمر للوجوب وجاز أن تحمل السنة فى قوله « فإنها سنة أبيكم » على الطريقة المسلوكة فى الدين وهى تعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك فى الإلزام قط . فالصواب فى تقرير الجواب عن الثانى ما ذكره صاحب الكافى حيث قال : وقوله ضحوا دليلنا لأنه أمر فيفيد الوجوب ، وقوله فإنها سنة أبيكم لا ينفى الوجوب لأن السنة هى الطريقة فى الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى . وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال : فيه بحث ، فإنه روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عباس عن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث كتبت علىّ وهن لكم تطوّع » الحديث انتهى . أقول : المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت علىّ الأضحية ولم تكتب عليكم » ولا شك فى اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور ، وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطنى لايقدح فى تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ماهو المقصود منه . وإنما يكون ذلك معارضة أخرى لأصل المدعى ، ولعل جمهور الشراح إنما لم يتعرّضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا ، لأن الدارقطنى أخرجه عن جابر الجعفى عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفى ضعيف

من أراد من قصد التضحية التى هى واجبة ، كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ . وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به . وقوله (على ما قيل) يشير إلى أن فى تفسيرها اختلافا ، وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر فى الإيضاح أنها عبارة عما إذا ولدت الناقة أو الشاة وذبح أوّل ولدها فأكل وأطعم ، وهى منسوخة بالأضحية . وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام « كتبت علىّ الأضحية ولم تكتب عليكم » وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم » وبأن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لايضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة . وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنها غير فرض وإنما هى واجبة . وعن الثانى بأنه مشترك الإلزام ، فإن قوله « ضحوا » أمر وهو للوجوب . وقوله « فإنها سنة أبيكم » أى طريقته . فالسنة هى الطريقة المسلوكة فى الدين . وعن الثالث بأنهما كانا لايضحيان فى حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين . وقوله (وإنما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة فى أول الباب . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها . وقوله (لما روينا)

(قوله وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام قال « ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع » الحديث .

وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به . وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى . وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على مابيناه ، وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر . وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله . وروى عنه أنه لاتجب عن ولده وهو ظاهر الرواية . بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة . والأصل في القرب أن لاتجب على الغير بسبب الغير ولهذا لاتجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة فطره ، وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله : يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير . فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر . وقيل لاتجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا : لأن هذه القربة تتأدى بالإراقة والصدقة بعدها تطوع . ولا يجوز ذلك من مال الصغير . ولا يمكنه أن يأكل كله . والأصح أن يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ماينتفع بعينه . قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لاتجوز إلا عن واحد . لأن الإراقة واحدة وهي القربة . إلا أنا تركناه بالأثر وهو ماروى عن جابر رضي الله عنه أنه قال « نحرنا مع رسول الله صلى الله والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة » . ولا نص في الشاة . فبقي على أصل القياس . وتجوز عن

كما ذكره أهل الحديث. وقال صاحب التنقيح : وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال النبي (قوله وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به) أقول : هنا شائبة مصادرة . لأن قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وإنما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى : وإنما اختص وجوب الأضحية بالوقت الذى هو يوم الأضحى لأنها : أى الأضحية مختصة به : أى بذلك الوقت فيئول إلى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى . لايقال : المذكور في العلة اختصاص الأضحية نفسها بذلك الوقت ، والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الأضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الأضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الأضحية به ولا مصادرة فيه . لأنا نقول : لامعنى لاختصاص الأضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به إذ لاشك في إمكان عمل التضحية في جميع الأوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لأنها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور ، وكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وإنما اختص الوجوب بالحرية الخ ، والتقييد بالحرية لأنها قربة مالية مفتقرة إلى الملك والحر هو المالك ثم قال : والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الأضحية بذلك الوقت ولامصادرة فيه . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وإنما اختص الوجوب بالحرية وإنما اختصه القدورى في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لأنها مختصة به أنها مختصة به في الشرع ، فاللازم تعليل تخصيص القدورى وجوب الأضحية بالوقت باختصاص الأضحية في الشرع بذلك الوقت ولامصادرة فيه . قلت : فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو . فإن المقصود بيان الاختصاص الشرعي ، وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالإسلام وبالإقامة وباليسار . وعلى المعنى

إشارة إلى قوله « من وجد سعة ولم يضح » الحديث . وقوله (سنبين مقداره) أى مقدار الوقت . وقوله (لاتجب عن ولده) يعنى سواء كان صغيرا أو كبيرا إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية . وعليه الفتوى . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه . وقوله (والأصح أن يضحى من ماله) أى من مال الصغير (ويأكل) أى الصغير من الأضحية التي هي من ماله ما أمكنه ويبتاع بما بقي ماينتفع بعينه) كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الإسلام : وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهم الله . وقيل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد ، وأما في لحمها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل . قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح .

سنة أوخمسة أو ثلاثة ، ذكره محمد رحمه الله فى الأصل ، لأنه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم أولى ، ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لانص فيه وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ، ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة فى البعض . وسنبينه إن شاء الله تعالى . وقال مالك : تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ، ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه الصلاة والسلام «على كل أهل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة» قلنا : المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له يؤيده ما يروى «على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة» ولوكانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز فى الأصح ، لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا ، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ، ولو اقتسموا جزافا لايجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتبارا بالبيع . قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا) وفى القياس لايجوز ، وهو قول زفر لأنه أعدها للقربة فيمتنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته . وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع ، وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج ، وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لايمتنع البيع ، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف ، وعن صورة الرجوع فى القربة . وعن أبى حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا . قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا ، وأبو بكر وعمر كانا لايضحيان إذا كانا مسافرين ، وعن على : ليس على المسافر جمعة ولا أضحية . قال (ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر ، إلا أنه لايجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلى الإمام العيد ، فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام

المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل هنا مجرد تخصيص القدورى وجوبها بالوقيت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعى بذلك الوقت بشيء أصلا ، ولا يخفى مافيه (قوله ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر . إلا أنه لايجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلى الإمام العيد) قال صاحب النهاية : وهذه العبارة تشير إلى ما ذكره فى المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة فى المصر لايجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت . أقول : فى هذا إشكال ، لأن الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الأصل فى هذه المسئلة وكذا سائر الأحاديث الواردة فى بيان وقت جواز التضحية لايدل شيء منها على دخول وقت الأضحية بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الأمصار ، بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها فى حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الأمصار أيضا ، وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فالإشكال

قوله (وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لايجوز) كما إذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز ، لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضا. وقوله (يجوز فى الأصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله إنه لايجوز لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لايجوز فى الأضحية ، وإذا لم يجز البعض لم يجز الباقى . وجه الأصح ما ذكره فى الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد رحمهما الله . وقوله (إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس إلى خلاف الجنس . وقوله (اعتبارا بالبيع) لأن فى القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس . وقوله (وقد أمكن) يعنى دفع الحرج لأن بالشراء للتضحية لايمتنع البيع ، ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثله لم يكن بأس . (وقوله لما بينا) أراد به قوله لأنه أعدها للقربة فيمتنع عن بيعها إلى آخره .

(قوله ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس) أقول : فيه بحث .

« من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه الصلاة والسلام « إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » غير أن هذا الشرط فى حق من عليه الصلاة وهو المصرى دون أهل السواد . لأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة . ولا معنى للتأخير فى حق القروى ولا صلاة عليه . وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام . ثم المعتبر فى ذلك مكان الأضحية . حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ، ولو كان على العكس لايجوز إلا بعد الصلاة . وحيلة المصرى إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر . لأنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر فى الصرف مكان المحل لامكان الفاعل اعتبارا بها . بخلاف صدقة الفطر لأنها لاتسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر . ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة . حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه . وقيل هو جائز قياسا واستحسانا .

باق ، لأنه إذ لم تتأد الأضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة فى حق أهل الأمصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة فى حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للأضحية فى حق أهل الأمصار أيضا ، وما ثمرة ذلك ؟ والظاهر أن ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب فى ذلك الوقت ولا أقل من إمكان أدائه فيه فتأمل . ثم إن صاحب الوقاية قال فى تحرير هذه المسئلة : وأول وقتها بعد الصلاة إن ذبح فى مصر . وبعد طلوع فجر يوم النحر إن ذبح فى غيره ، وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى . ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال فى متنه : وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر ، وآخره قبيل غروب اليوم الثالث . وشرط تقديم الصلاة عليها إن ذبح فى مصر . وإن ذبح فى غيره لا . وقال فيما نقل عنه فى الحاشية : هذا من المواضع التى أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة . انتهى كلامه . أقول : لا خطأ فى كلام تاج الشريعة أصلا . فإن مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لا أول وقت وجوبها ، ولا شك أنه إذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا فى حق أهل الأمصار كان أول وقت أدائها فى حقهم بعد الصلاة . وإن كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الإمام قاضيخان فى فتاواه حيث قال : ووقت الأداء لمن كان فى المصر بعد فراغ الإمام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنه صلاته معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح : قوله أجزأه استحسانا يشير إلى أنه لايجزئه قياسا ، وذلك لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك . فإنه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة من وجه فوقع الشك ، وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط . ووجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب انتهى . أقول : هنا بحث . وهو أن ماذكره فى الكتاب من وجه الاستحسان لايدفع وجه القياس الذى ذكروه . لأن كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لاينافى كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة . كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح فى أن

وقوله (وما رويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله) إشارة إلى قوله « ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » فإنه بإطلاقه يتناول ماقبل نحر الإمام وما بعده . وقوله (ولو ضحى بعد ماصلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبانة ويستخلف من يصلى بالضعفة فى الجامع هكذا فعله على رضى الله عنه حين قدم الكوفة . وقوله (أجزأه استحسانا) يشير إلى أنه لايجوز قياسا . لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز . وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط . ووجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب . وقوله (وقيل هو جائز) أى العكس جائز قياسا واستحسانا . والفرق أن المسنون فى العيد هو

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي : ثلاثة أيام بعده لقوله عليه الصلاة والسلام « أيام التشريق كلها أيام ذبح » ولنا ماروى عن عمر وعلىّ وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعا لأن الرأى لايهتدى إلى المقادير ، وفي الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل ، وأفضلها أولها كما قالوا ولأن فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو الأصل إلا لمعارض . ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل . وأيام النحر ثلاثة . وأيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة أولها نحر لاغير وآخرها تشريق لاغير ، والمتوسطان نحر وتشريق ، والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية لأنها تقع واجبة أو سنة ، والتصدّق تطوّع محض فتفضل عليه ، ولأنها تفوت بفوات وقتها ، والصدقة يؤتى بها فى الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة فى حق الآفاقى (ولو لم يضحّ حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أوكان فقيرا وقد اشترى الأضحية تصدق بها حية وإن كان غنيا تصدق بقيمة

صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة وإلا لم يجز العكس ، فإذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك فى جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط فى العبادات عدم جوازها ، فلم يتم وجه الاستحسان الذى ذكره فى الكتاب فى مقابلة وجه القياس الذى ذكروه فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب (قوله وهى جائزة فى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول : لقائل أن يقول : إن قوله ويومان بعده يشعر بأنهما ليسا من أيام النحر لأن معناه ويومان بعد يوم النحر . والظاهر أن ماكان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر ، وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة . والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض ، واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وإنما هما نحر وتشريق كما سيأتى فى الكتاب . والتحقيق أن يوم النحر بالإفراد صار بمنزلة العلم لليوم الأول من أيام النحر وهو يوم العيد ، وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية ، فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين تبصر ترشد (قوله ولو لم يضحّ حتى مضت أيام النحر ، إن كان أوجب على نفسه أوكان فقيرا وقد اشترى الأضحية تصدّق بها حية) قال فى معراج الدراية : قيد الإيجاب

الخروج إلى الجبانة ، وأهل الجبانة هم الأصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا. قال (وهى جائزة فى ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح . قوله (ويجوز الذبح فى لياليها) أى فى ليالى أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لاغير فلا تدخل الليلة الأولى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر ، لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ماذكر فى الكتاب وهو اليوم العاشر ، ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثانى عشر ، فلا يجوز فى ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا فى ليلة التشريق المحض لخروجه ، وإنما جازت فى الليل لأن الليالى تبع للأيام، وأما الكراهة فلما ذكره فى الكتاب . وقوله (والتضحية فيها) أى فى أيام النحر (أفضل من التصدق بثمن الأضحية) أما فى حق الموسر فلأنها تقع واجبة فى ظاهر الرواية أو سنة فى أحد قولى أبى يوسف رحمه الله ، والتصدق بالثمن تطوّع محض ، ولا شك فى أفضلية الواجب أو السنة على التطوّع ، وأما فى حق المعسر فلأن فيها جمعا بين التقرّب بإراقة الدم ، والتصدق والإراقة قربة تفوت بفوات هذه الأيام ، ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل ، وهذا الدليل يشمل الغنىّ والفقير ، وتشبيه بالصلاة والطواف ظاهر ، فإن الطواف فى حق الآفاقى لفواته أفضل من صلاة التطوّع التى لاتفوت ، بخلاف المكى فإن الصلاة فى حقه أفضل (ولو لم يضحّ حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه) بأن عين شاة فقال : لله علىّ أن أضحى بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا (أوكان) المضحى (فقيرا وقد اشترى شاة بنية الأضحية تصدق بها حية وإن كان) من لم يضح (غنيا) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة

(قوله ولاشك أن الجمع بين القربتين) أقول : لايوافق المشروح ، إذ لاتعرض فيه للجمع بين القربتين فإنه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بفوات الأيام ، ثم لايستقيم تشبيهه بالطواف كما لايخفى .

شاة اشترى أو لم يشتر) لأنها واجبة على الغنيّ . وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا . فإذا فات الوقت وجب عليه التصدّق إخراجا له عن العهدة ، كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا . والصوم بعد العجز فدية . قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لاتمشى إلى المنسك ولاالعجفاء) لقوله عليه الصلاة والسلام : « لاتجزئ فى الضحايا أربعة : العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها . والعجفاء التي لاتنقى » قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب . أما الأذن فلقوله عليه الصلاة والسلام « استشرفوا العين والأذن » أن اطلبوا سلامتهما . وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن . قال (ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها ، وإن بقى أكثر الأذن والذنب جاز) لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولأن العيب اليسير لايمكن التحرز عنه فجعل

على نفسه غير مفيد . لأنه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى . أقول : ليس ذاك بسديد . لأن الحكم هنا هو التصدق بها حية ، وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه . فإن الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدّق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله (وإن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصدّق إخراجا له عن العهدة ، كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : فإذا فات وقت التقرب بالإراقة والحق مستحق وجب التصدّق بالعين أو القيمة إخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية ، والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه فى الأداء بجنس خلاف جنس الأداء انتهى . وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لايلائم الاعتبار بالجمعة والصوم . ومراد المصنف التصدّق بالقيمة للغنى الغير الموجب كما لايخفى انتهى . أقول : ذلك ساقط إذ لانسلم أنه لايلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ، لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث أن قضاء ماوجب عليه فى الأداء بجنس خلاف جنس الأداء . ولا يذهب على ذى فطنة أن هذا المعنى متحقق فى التصدق بالعين أيضا . لأن الواجب عليه فى الأداء إراقة الدم ، والتصدق ليس من جنس الإراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين . ثم إن كون مراد المصنف بالتصدق فى قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لايناسب شأن المصنف جدا . إذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما إذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراها بنية الأضحية فيكون ذلك تقصيرا منه فى إفادة حق المقام بلا ضرورة . وحاشى له من ذلك . فالحق أن مراده بالتصدق المذكور مايعم التصدق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية : لما ذكر مايجوز به الأضحية شرع فى بيان مالا يجوز به الأضحية انتهى .

اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على الغنيّ) عينها أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فإذا فات وقت التقرب بالإراقة) والحق مستحق (وجب التصدق) بالعين أو القيمة (إخراجا له عن العهدة . كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا ، والصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه فى الأداء بجنس خلاف جنس الأداء . قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء) هذا بيان مالا يجوز التضحية به . والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع . لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب . واليسير مالا أثر له فى لحمها ، وللعور أثر فى ذلك لأنه لايبصر بعين واحدة من العلف مايبصر بعينين ، وقلة العلف تورث الهزال ، والحديث المذكور دال على ذلك . والعرجاء البين عرجها : هى مالا يمكنها المشى برجلها العرجاء ،

(قوله وجب التصدق بالعين) أقول : لايلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ، ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب كما لايخفى (قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول : أشار بذلك إلى قوله والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ .

عفوا . واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر . في الجامع الصغير عنه : وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل أجزأه ، وإن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا . وفيما زاد لاتنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا . ويروى عنه الربع لأنه يحكى حكاية الكمال على مامرّ في الصلاة . ويروى الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية « الثلث والثلث كثير » وقال أبو يوسف ومحمد : إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ماتقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث . وقال أبو يوسف : أخبرت بقولي أبا حنيفة . فقال قولي هو قولك . قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف ، وقيل معناه قولي قريب من قولك . وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ، ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر . وفي العين قالوا : تشد العين المعيبة بعد أن لاتعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرّب العلف إليها قليلا قليلا . فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشدّ عينها الصحيحة وقرّب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه ، ثم ينظر إلى تفاوت مابينهما ، فإن كان ثلثا فالذاهب الثلث . وإن كان نصفا فالنصف . قال (ويجوز أن يضحى بالجماء) وهي التي لاقرن لها ، لأن القرن لا يتعلق به مقصود ، وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصيّ) لأن لحمها أطيب وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين » (والثولاء) وهي المجنونة ، وقيل هذا إذا كانت تعتلف لأنه لايخل بالمقصود . أما إذا كانت لاتعتلف فلا تجزئه . والجرباء إن كانت سمينة جاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم . وإن كانت مهزولة لايجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص . وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها ؛ فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة . وعنه إن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود . والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة

أقول : هذا ليس بسديد ، إذ لايذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل مايجوز به الأضحية ، وإنما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالجماء والخصيّ والثولاء إلى آخره . والذي ذكره فيما قبل إنما هو صفة الأضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والإسلام ونحوهما ، ومن وجبت عليه الأضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الأضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الأمور من الفروع والأحكام كما حققه من قبل ، ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال في شرح هذا المقام : هذا بيان مالا يجوز التضحية به ، ولم يتعرّض لذكر مايجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر الخ) أقول : تطبيق هذه الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل ، لأن عبارتها أكثر أذنها وذنبها بصيغة التفضيل والإضافة إلى الأذن والذنب ، وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل ، وهذا

وإنما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز . والعجفاء : التي لاتنقى : هي التي ليس لها نقي : أي مخ من شدة العجف . وبقية كلامه واضح . قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الأول وهو أن الأكثر من الثلث مانع لاما دونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزأه بالنسبة إلى قول من يقول إن الربع أو الثلث مانع . وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان ، وقد تقدم وجه ذلك في الكشاف العضو في أول الكتاب . وقوله (لأن القرن لايتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالإبل جائزة ولا قرن له ، والكبش الأملح مافيه ملحة ، وهي بياض

(قال المصنف : وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين) أقول : إطلاق القطع بالعين لعله بطريق التغليب (قال المصنف : فاعتبر كثيرا) أقول : الذي يعطى له حكم الكل هو الأكثر لاالكثير فلا يتم التقريب .

لا تجوز ، لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى (وهذا) الذى ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء . ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنيا عليه غيرها . وإن فقيرا تجزئه هذه) لأن الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به . وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت ، ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكاة . وعن هذا الأصل قالوا : إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير . ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى فى أيام النحر على الموسر ذبح إحداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله . لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره . وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لأبى يوسف) لأنه حصل بمقدمات الذبح . قال (والأضحية من الإبل والبقر والغنم)

غير متحقق فى شيء من هذه الروايات عنه . أما فى رواية الربع ورواية الثلث فظاهر ، إذ لا شك أن الربع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين . وأما فى رواية الأكثر من الثلث فلأن الأكثر من الثلث إذا لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل ، وفى رواية الأكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف . بل اعتبر الزيادة على الثلث فى الجملة فلم يلزم فى عدم الإجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الأذن والذنب . فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى مقدار الأكثر بما قبله من مسئلة الكتاب . فإن قلت : ليس المراد بالأكثر فى عبارة مسئلة الكتاب معنى التفضيل . بل هو بمعنى الكثير كما يرشد إليه قول المصنف فى بيان وجه رواية الأكثر من الثلث : وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا . وقوله فى بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث الوصية « الثلث والثلث كثير » ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالإضافة إلى الجزء الباقى وإلا يعود المحذور ، بل المراد به الكثير فى نفسه . والإضافة إلى الأذن والذنب لمجرد بيان محل

يشوبه شعيرات سود . والوجء نوع من الخصاء ، وهو أن ترض العروق من غير إخراج الخصيتين . وقوله (فتعينت) يعنى هذه الشاة المشتراة للأضحية . وقوله (كما فى نصاب الزكاة) فإنه إذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لأن النقصان لم يكن بفعله ، والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة . فإذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الأصل) يعنى كون الوجوب على الغنى بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس . وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد . وهذا الذى ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المشترى إذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات . وإن كان معسرا ففى ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تجب . وروى الزعفرانى عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر . وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وإرادة العام ، فإنه إذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الإضجاع للذبح كان الحكم كذلك . وإنما قيد الإجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه ، لأن تأدى الواجب بالتضحية لا بالإضجاع وهى معيبة عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله . وقوله (لأنه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد . ودليل أبى يوسف رحمهما الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذى تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذى وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر . قال (والأضحية من الإبل والبقر الخ) كلامه واضح ، وقيد بقوله فى مذهب الفقهاء لأن عند أهل اللغة الجذع من الشياه ما تمت لها سنة ، كذا فى النهاية . وقوله لأنها هى الأصل فى التبعية لأنه جزؤها ولهذا يتبعها فى الرق والحرية . وهذا لأن المنفصل من الفحل هو الماء . وأنه غير محل لهذا الحكم ،

(قوله من باب ذكر الخاص وإرادة العام فإنه الخ) أقول : فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه ، لأنه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة .

لأنها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبيّ عليه الصلاة والسلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم . قال (ويجزئ من ذلك كله الثنى فصاعدا ، إلا الضأن فإن الجذع منه يجزئ) لقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن » وقال عليه الصلاة والسلام « نعمت الأضحية الجذع من الضأن » قالوا : وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد . والجذع من الضأن ماتمت له ستة أشهر فى مذهب الفقهاء . وذكر الزعفرانى أنه ابن سبعة أشهر . والثنيّ منها ومن المعز سنة ، ومن البقر ابن سنتين ، ومن الإبل ابن خمس سنين ، ويدخل فى البقر الجاموس لأنه من جنسه . والمولود بين الأهلى والوحشى يتبع الأم لأنها هى الأصل فى التبعية ، حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد . قال (وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم . وإن كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة . لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وإن اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة ، وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الأول لأن التضحية عن الغير عرفت قربة ؛ ألا ترى أن النبيّ عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته على ماروينا من قبل ، ولم يوجد فى الوجه الثانى لأن النصرانى ليس من أهلها ، وكذا قصد اللحم ينافيها . وإذا لم يقع البعض قربة والإراقة لاتتجزأ فى حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز ، وهذا الذى ذكره استحسان . والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبى يوسف ، لأنه تبرّع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت ، لكنا نقول : القربة قد تقع عن الميت كالتصدق ، بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير فى الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لاتجزيهم) لأنه لم يقع بعضها قربة ، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة فكان قربة . قال (ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحى فكلوا

الكثرة . فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب . قلت : شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والإضافة ومن كما تقرر فى موضعه . وفى عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ، ولئن أغمضنا عن ذلك لايصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير أن يحمل الأكثر على الكثير المطلق ، إذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا لزم أن يعتبر الأذن والذنب باقيا وذاهبا فى حالة واحدة ، فيما إذا كان كل واحد من الباقى والذاهب منهما كثيرا فى نفسه ،

والمنفصل من الأم هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة) لأن النص ورد على خلاف القياس فى ذلك . فإن قيل : النص ورد فى الأضحية فكيف جوّزتم مع اختلاف جهات القرب كالأضحية والقران والمتعة ؟ قلنا : اعتمد على ذلك زفر ولم يجوّز عند اختلافها . لكنا نقول : إذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الإلحاق . بخلاف ما إذا كان بعضها غير قربة فإنه ليس فى معناها ، وإذا بطل فى ذلك بطل فى الباقى لعدم التجزى . وقوله (لما بينا أنه قربة) يشير إلى وجه الاستحسان . وفى القياس لايجوز لأن الإراقة لاتتجزأ ، وبعض الإراقة وقع نفلا أو لحما فصار الكل كذلك ، ولم يعكس لأن الواجب قد ينقلب تطوّعا بخلاف العكس والإراقة قد تصير للحم مع نية القربة إذا لم تصادف محلها أو كانت فى غير وقت الأضحية ، والإراقة للحم لاتصير قربة بحال . قال (ويأكل من لحم الأضحية الخ) الأضحية إما أن

منها وادخروا - ومتى جاز أكله وهو غنيّ جاز أن يؤكله غنيا . قال (ويستحب أن لاينقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات ثلاثة : الأكل والادخار لما روينا ، والإطعام لقوله تعالى « وأطعموا القانع والمعترّ » فانقسم عليها أثلاثا . قال (ويتصدق بجلدها) لأنه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل فى البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها ، لأن الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشترى به ماينتفع بعينه فى البيت مع بقائه) استحسانا ، وذلك مثل ماذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ، ولا يشترى به مالا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ والأبازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم . والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التموّل . واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح ، فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لاينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه . لأن القربة انتقلت إلى بدله ، وقوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » يفيد كراهة البيع ، البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم . قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الأضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام لعليّ رضى الله عنه « تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا » والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لأنه فى معنى البيع . قال (ويكره أن يجزّ صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها) لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها ، بخلاف مابعد الذبح لأنه أقيمت القربة بها كما فى الهدى . ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما فى الصوف . قال (والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لايحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره ، وإذا استعان بغيره ينبغى أن يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضى الله عنها « قومى فاشهدى أضحيتك ، فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب » قال (ويكره أن

كما إذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما فى الجملة على ما وقع فى الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحبّ أن لاينقص الصدقة عن الثلث لأن الجهات ثلاثة : الأكل والادخار لما روينا . والإطعام لقوله تعالى ـ وأطعموا القانع والمعترّ ـ فانقسم عليها أثلاثا) أقول : لقائل أن يقول : الأمر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر فى علم الأصول ، فالظاهر من قوله تعالى ـ وأطعموا القانع والمعترّ ـ وجوب الإطعام . والمدعى استحبابه فليتأمل فى الجواب (قوله ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه استحسانا . وذلك مثل ماذكرنا لأن للبدل حكم المبدل) أقول : لقائل أن يقول : إنه تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » فإنه يتناول بإطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا . والتعليل فى مقابلة النص غير مقبول على ماتقرّر فى أصول الفقه فليتأمل فى الدفع (قوله ولا يشترى به مالاينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخلّ والأبازير اعتبارا بالبيع بالدراهم . والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التموّل) أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح ، فإن الدراهم مما لاينتفع بعينها أصلا . أى لا مع بقائها

تكون منذورة أولا ، فإن كان الثانى فالحكم ماذكره فى الكتاب . وإن كان الأول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الأغنياء لأن سبيلها التصدّق ، وليس للمتصدّق أن يأكل من صدقته . ولو أكل فعليه قيمة ما أكل . وقوله (لما روينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « فكلوا منها وادّخروا » والقانع : هو السائل . من القنوع لا من القناعة . والمعترّ : هو الذى يتعرّض للسؤال ولا يسأل . وقوله (كالخل) بالخاء المعجمة والمهملة (والأبازير)التوابل جمع أبزار بالفتح . وقوله (فى الصحيح) احترازا عما قيل إنه ليس فى اللحم إلا الأكل والإطعام ، فلو باع بشىء ينتفع به بعينه لايجوز . والصحيح ما قال شيخ الإسلام إن اللحم بمنزلة الجلد ، إن باعه بشىء ينتفع به بعينه جاز . وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه . وقوله (لأن القربة انتقلت إلى بدله) لأن تملك البدل من حيث التموّل ساقط فلم يبق إلا جهة القربة وسبيلها التصدق . وقوله (لأنه فى معنى البيع) لأن كل واحد عقد معاوضة . قوله (من دمها كل ذنب ، تمام الحديث « أما أنه يجاء بلحمها

يذبحها الكتابي) لأنه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ، فلو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة ، والقربة أقيمت بإنابته ونيته . بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا . قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان . وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لايحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ، ولا يجزئه عن الأضحية فى القياس وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح . وهو قولنا . وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن ، كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب . وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر . ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها تفوت بمضىّ هذه الأيام ، وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها . فإن قيل : يفوته أمر مستحبّ وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به . قلنا : يحصل له به مستحبان آخران ، صيرورته مضحيا لما عينه ، وكونه معجلا به فيرتضيه . ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية ، وهى أن من طبخ لحم غيره أوطحن حنطته أو رفع جرّته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ، ولو وضع المالك اللحم فى القدر والقدر على الكانون والحطب تحته ، أو جعل الحنطة فى الدورق وربط الدابة عليه . أو رفع الجرّة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط فى الطريق فأوقد هو النار فيه وطبخه . أوساق الدابة فطحنها ، أوأعانه على رفع الجرّة فانكسرت فيما بينهما ، أوحمل على دابته ماسقط فعطبت لايكون ضامنا فى هذه الصور كلها استحسانا لوجود الإذن دلالة . إذا ثبت هذا فنقول فى مسئلة الكتاب : ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحا فهى خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا . فيأخذ كل واحد منهما مساوخة

ولا بعد استهلاكها ، وإنما هى وسيلة محضة فالمقصود منها التموّل لا غير ، بخلاف مثل الخل والأبازير فإنه مما ينتفع به . وإن كان ذلك بعد استهلاكه ، فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التموّل ، والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذا ببدله . وأما ثانيا فلأن عدم جواز بيع جلد الأضحية بالدراهم إنما ثبت بخلاف القياس على مانص عليه صاحب غاية البيان ، فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان فى جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل ، لأن البدل له حكم المبدل . قال : فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضا . إلا أنا تركنا القياس بقوله عليه الصلاة والسلام لعلىّ رضى الله عنه « ولا تعط أجر الجزار منها » فإذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه : بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى . وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والأبازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم : وقد تقرّر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لايكون حكم الأصل معدولا عن القياس . فالأظهر أن يترك القياس على البيع بالدراهم فى تعليل هذه المسئلة ، ويقال فى تعليلها لأنه لايصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر . وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال : وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به

ولحمها فيوضع فى ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه : هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة ؟ فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة ، وللمسلمين عامة » . وقوله (حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر) أى فيما إذا كان المضحى فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أى فيما إذا كان غنيا قال صاحب النهاية : هكذا وجدت بخط شيخى رحمه الله . وقوله (فصار كما لو باع أضحيته) يعنى أنه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها ، فلو كان غيرها أنقص

من صاحبه، ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة ، فإذا كانا قد أكلا ثم علما فليحالل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما ، لأنه لو أطعمه فى الابتداء يجوز ، وإن كان غنيا فكذا له أن يحالله فى الانتهاء وإن ، تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته ، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ، ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لأنه ملكها بسابق الغصب ،

مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل ، لأن البدل الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل . فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد، بخلاف البيع بالدراهم أو الدنانير لأن ذلك مما لايمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى (قوله فصار كما لو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح فى بيان معنى هذا الكلام : يعنى أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها ، فلو كان غيرها أنقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية ، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله انتهى . أقول : قد تكلموا فى بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين ، فزادوا فى الصورة الأولى اشترى غيرها بثمنها ، واعتبروا التصدق فى تلك الصورة فى بعض الثمن دون كله ، وزادوا فى الصورة الثانية مضى أيام النحر ، وليس فى كلام المصنف هذا مايدل على شىء من ذلك . وليس فى المقام مايقتضى شيئا منها كما لايخفى ، مع أن الأمر فى معنى هذا الكلام على طرف الثمام بحمله على حذف مضاف : أى كما لو باع لحم أضحيته ، فيكون المراد به الإشارة إلى مامر فى الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لاينتفع به إلا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه) قال فى العناية . وقوله ومن أتلف لحم أضحية غيره متصل بقوله وإن تشاحا: يعنى إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه . ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى . أقول : ليس هذا التوجيه بوجيه ، فإن قول المصنف فإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لابد لها من دليل مغاير لها ، وفى التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وإن تشاحا وضم إليه تال مغاير لتالى المسئلة غير مذكور فى الكتاب أصلا : فصار إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ، وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ، ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه. ولا يخفى مافيه . والحق عندى أن قول المصنف ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ، فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى . ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ، فمعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذى أتلفه بالأكل لصاحبه لا لنفسه . ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه من تضمين صاحبه إياه

من الأولى تصدق بما فضل على الثانية ، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله . وقوله (ومن أتلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وإن تشاحا : يعنى إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه . ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله : فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه . وقوله (لأنه ملكها بسابق الغصب) يعنى فكانت التضحية واردة على ملكه ، وهذا يكفى فى التضحية . لا يقال : الاستناد يظهر فى القائم والتضحية بالإراقة والإراقة قد فاتت لأنها عبارة عن فعل المضحى . لأنا نقول : الإراقة ليست من المملوك لأنها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال

(قوله لأنا نقول : الإراقة ليست من المملوك) أقول : يعنى ليست من المملوك لأحد .

بخلاف مالو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح ، والله أعلم .

قيمة لحمه ، وليت شعرى أن صاحب التوجيه الأول ماذا يصنع فى حق قول المصنف ، وهذا لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشىء آخر غير أصل المسئلة ، فانظر وتبصر هل يتيسر شىء من ذلك ؟

ظهر الاستناد فيها أولايظهر ، فإن الملك يثبت فى الشاة المذبوحة ويستند إلى وقت الغصب فتكون الإراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له إلا بعد الذبح) أقول : قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالإضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى. وأجاب عنه صاحب الدرر بأن حقيقة الغصب كما تقرر فى موضعه إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة ، وغاية ما يوجد فى الإضجاع وشد الرجل إثبات اليد المبطلة ، ولا يحصل به إزالة اليد المحقة ، وإنما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب إليه الجمهور انتهى . وإن شئت فراجع فى كتاب الغصب ونحن نقول: الأولى فى الجواب أن يقال : قد سبق أن مقدمات الذبح فى حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل . وأجاب الفاضل المحشى يعقوب باشا عن إشكال صدر الشريعة أيضا بأن يقال : إن الغصب وإن وجد بمقدمات الذبح لكن لايتقرر قبل الذبح ، لأن الإضجاع وشد الرجل قد يكونان لاللذبح ، لأن الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب إلا بالذبح ، بخلاف الغصب ابتداء ، فإن الغصب هنا يتعين قبل الذبح ، كذا قيل ، ولا يخفى ما فيه فليتأمل انتهى كلام يعقوب باشا .

تم الجزء التاسع ، ويليه الجزء العاشر ، وأوله :

(كتاب الكراهية)

فهـــــرس

الجزء التاسع

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة